Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig,

unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig, Dresdner Straße 11/13.

Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint ab 1. Oktober 1926 wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Die „Nachrichten für die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins“, die der früheren Ausgabe A beigefügt waren, erscheinen jetzt als besondere Zeitschrift unter dem Titel „Anwaltsblatt“. Bezugspreis vierteljährlich M. 3.—. Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Zweifelsfragen in der Vergleichsordnung.

Von Rechtsanwalt Dr. Leopold Samolewitz, Berlin.

Die Vergleichsordnung (VerglO.) ist das Ergebnis langer Erörterungen der Wissenschaft und Praxis. Solange es überhaupt eine gesetzliche KO. gibt, ist der „Präventivakkord“ erörtert worden. Seitdem das Deutsche Reich unter dem Drucke der Kriegsnotwendigkeit die GeschAufsVO. geschaffen hat, sind die Forderungen auf eine gründliche Umgestaltung dieser Schuldnerschutzbestimmungen nicht ruhig geworden.

Schon heute zeigt sich, nachdem die ersten Erläuterungsbücher erschienen sind, bereits eine Reihe von Zweifelsfragen. Die wichtigsten sollen im nachstehenden kurz erörtert werden.

1. Gegenseitige Verträge.

§ 4 VerglO. bestimmt, daß „Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen, der z. Z. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist, an dem Verfahren nicht beteiligt sind“.

a) Ist es gleichgültig, wieviel noch von der Leistung aussteht? Kiesow (§ 4 III, 1 S. 122) bejaht diese Frage. Ich möchte mich dem nicht unbedingt anschließen. Es entspricht nicht dem Billigkeitsempfinden, daß, wenn z. B. bei einer Lieferung von 2000 Halbstücken Stoff das eine Halbstück wegen Fehlerhaftigkeit zur Verfügung gestellt worden ist, der Vertrag als beiderseitig unerfüllt angesehen und der Gläubiger von der Beteiligung am Verfahren ausgeschlossen wird. Kiesow weist selbst a. a. O. auf § 320 Abs. 2 BGB. hin, verneint aber seine Anwendbarkeit. Ich bin im Gegenteil der Ansicht, daß gerade diese Bestimmung angewendet werden muß, weil sie die Gefahren zum Ausdruck bringt, denen hier begegnet werden muß: Man darf nicht am Worte hängen, sondern muß Rechtsfragen aus dem Zusammenhang des vom Gesetz gewollten Sinnes mit Rücksicht auf das, was die Wirtschaft im allgemeinen für recht und billig ansieht, entscheiden.

b) Nimmt der Gläubiger mit einem Wechsel, der für einen beiderseitig erfüllten, gegenseitigen Vertrag (nicht an Zahlungs Statt, sondern erfüllungshalber) gegeben worden ist, am Verfahren teil? Das war schon unter der Herrschaft der Geschäftsaufsicht streitig. Kleinfeller (JW. 1925, 2019) hat ausgeführt, daß die Wechselforderung selbständig sei, losgelöst von dem ursprünglichen Geschäft und daher nicht mit dem alten Vertrage, auf dem sie beruht, in Verbindung gebracht werden dürfe. Diese Ansicht übersieht aber, daß der Wechsel gegeben wird, um die Rechtsstellung des Gläubigers aus dem gegenseitigen Vertrag zu stärken. Dieses Ziel würde aber nicht erreicht werden, wenn man den Wechselgläubiger an dem Verfahren teilzunehmen zwingen würde; denn dann würde seine Rechtsstellung schlechter sein, als wenn er keinen Wechsel bekommen hätte. Man würde dadurch das Gegenteil von dem erreichen, was mit der Hergabe eines Wechsels bezweckt gewesen ist. Diese Ansicht teilt für die Geschäftsaufsicht das KG. in OLG. 45, 80, für das Vergleichsverfahren Kiesow § 4 III, 1 S. 122; Samolewitz-Saenger-Wassermann § 4 Anm. 1 (siehe dort auch weitere Nachweisungen für Schrifttum und Entscheidungen zur Geschäftsaufsicht).

c) Nimmt eine Schadensersatzforderung aus § 326 BGB. am Verfahren teil? Salomon (§ 4 Anm. a. E. S. 10) ist der Ansicht, daß der Gläubiger eines beiderseitig nicht erfüllten Vertrages, der eine Frist aus § 326 BGB. gestellt hat, am Verfahren nicht beteiligt sei mit der Begründung, auch dieser Anspruch beruhe auf dem Vertrage. Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 4 Anm. 1). Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus § 326 BGB. schafft ein neues selbständiges Recht. Der alte Anspruch aus dem gegenseitigen Vertrage hat sich in einen neuen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgewandelt; die Schadensersatzforderung ist eine am Vergleich beteiligte Forderung. Das ist für das Geschäftsaufsichtsverfahren in RG. 112, 55 anerkannt, auch in der Begründung zur VerglO. zu § 2 Abs. 5 hervorgehoben und wird auch von Kiesow (§ 4 II Ziff. 1 S. 120) anerkannt.

2. Gleiche Behandlung aller Gläubiger.

Eine ungleiche Behandlung ist nach § 5 VerglO. nur zulässig, „wenn die Mehrheit der zurückgesetzten Gläubiger zustimmt und die Gesamtsumme der Forderung der zustimmenden Gläubiger mindestens drei Vierteile der Forderungen der zurückgesetzten Gläubiger beträgt“. Lucas (§ 5 I Abs. 2 S. 39) meint, da auch die unbekannten Gläubiger im Gegensatz zum Geschäftsaufsichtsverfahren vom Vergleich betroffen werden, so könne man nicht wissen, ob nicht unbekannt gebliebene Gläubiger die Mehrheit des § 5 Abs. 2 beeinflußt hätten; er verlangt deshalb, es müsse in dem Vergleich, der eine ungleiche Behandlung von Gläubigern ausspreche, eine Meistbegünstigung unbekannt gebliebener Gläubiger vorgesehen werden, dergestalt, daß solche Gläubiger ebensoviel erhielten, wie diejenigen Gläubiger, die nach dem Vergleich bevorzugt

befriedigt werden sollten. Mit anderen Worten: Es müßte nicht heißen: „Alle Gläubiger, deren Forderungen nicht mehr als 500 ℳ betragen oder die ihre Forderungen auf 500 ℳ ermäßigt haben, erhalten ihre Forderungen voll ausgezahlt", sondern „alle Gläubiger, deren Forderung nicht mehr als 500 ℳ beträgt oder die ihre Forderung bis auf 500 ℳ ermäßigt haben, sowie alle Gläubiger, die bis zur Annahme des Vergleichsvorschlages unbekannt geblieben sind, erhalten ihre Forderung voll ausgezahlt".

Der Grundgedanke, der Lucas veranlaßt, diese Ausführungen zu machen, ist nicht von der Hand zu weisen. Trotzdem aber dürfte seine Forderung weit über das Maß des Notwendigen hinausgehen: Die Bücher des Schuldners werden von der Vertrauensperson und gegebenenfalls vom Gläubigerausschuß nachgeprüft; die Handelskammer erstattet Gutachten. Der Gemeinschuldner muß auf Antrag auch nur eines einzigen Gläubigers den Offenbarungseid leisten. Die Eröffnung des Verfahrens wird öffentlich bekanntgemacht und muß naturgemäß durch alle großen Tageszeitungen und die gesamte Fachpresse gehen. Unter diesen Umständen ist es kaum anzunehmen, daß einem Gläubiger die Eröffnung des Vergleichsverfahrens unbekannt bleibt. Ist einem Gläubiger diese Tatsache bekannt geworden, so ist er berechtigt, seine Forderung anzumelden. Es sind daher kaum Fälle denkbar, in denen einem Gläubiger das Verfahren unbekannt bleibt. Wollte man aber eine Auslegung, so wie sie Lucas fordert, einführen, so würde man einem Gläubiger, der aus irgendeinem Grunde vom Schuldner nicht erwähnt worden ist, die Möglichkeit geben, im Hintergrunde zu bleiben, man würde sogar Schiebungen ärgster Art hervorrufen, weil dem freiwillig unbekannt gebliebenen Gläubiger nichts besseres geschehen kann, als daß er auch weiter unbekannt bleibt, weil er ja dann eine höhere Rate erhält, als die anderen Gläubiger. Man stelle sich diese Wirkung bei einem Liquidationsvergleich (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 15 Anm. 3) vor; bei diesem würde ein solcher unbekannter Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners viel mehr erhalten, als er zu beanspruchen hätte.

Aus diesem Grunde glaube ich, den Vorschlag Lucas trotz seiner theoretisch richtigen Grundlagen ablehnen zu sollen.

3. Akteneinsicht.

a) Wer darf die Akten einsehen? § 13 VerglO. sagt: „Der Schuldner, die Vertrauensperson und jeder Gläubiger." Die Bestimmung ist klar; das Recht auf Akteneinsicht steht also auch den nichtbeteiligten Gläubigern zu (Lucas § 13 S. 50 unten; Samolewitz-Saenger-Wassermann § 13 Anm. 1; Kiesow § 13 II, 1 S. 155); Salomon (§ 13 Anm. 1 S. 18 oben) spricht den nichtbeteiligten Gläubigern dieses Recht ab, „da auf die Durchsetzung und Durchführung ihrer Rechte das Verfahren ohne Einfluß bleibt und somit kaum ein sachlich gerechtfertigtes Interesse zur Einsicht der Akten für sie besteht". Salomons Ansicht widerspricht nicht nur dem klaren Wortlaut des Gesetzes, sondern verkennt auch, daß die nichtbeteiligten Gläubiger häufig mehr als die Beteiligten der Akteneinsicht bedürfen, um ihre Entscheidungen zu treffen. Ich denke dabei z. B. an den Fall, daß dinglich gesicherte, also absonderungsberechtigte und deswegen nichtbeteiligte Gläubiger sich darüber entscheiden sollen, ob sie ihre Sicherungen der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stellen sollen, um den Abschluß eines Vergleichs zu ermöglichen, z. B. weil sie sich einen guten Kunden erhalten wollen (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 59 Anm. 7). Vor allem aber müssen die Gläubiger aus beiderseits unerfüllten Verträgen, die gemäß § 4 am Verfahren nicht beteiligt sind, die Akten einsehen können, um aus der Gesamtheit der Verhältnisse, besonders den Angaben des Schuldners und dem Gutachten der Berufsvertretung (§ 20) sich schlüssig werden zu können, ob sie beim Vertrage stehen bleiben oder gemäß §§ 28 ff. Ermächtigung zur Lossagung beantragen sollen.

b) Geheimhaltung von Aktenteilen ist nach Abs. 2 des § 13 zulässig, „wenn deren Kenntnis für die Gläubiger ohne Bedeutung ist, oder deren Geheimhaltung nach Angabe des Schuldners für die Fortführung seines Unternehmens erforderlich ist. Die erste Voraussetzung ist klar: alles, was z. B. den Innenbetrieb des Gerichts angeht, braucht der Gläubiger nicht zu kennen. Die Begründung nennt als Beispiel Erörterungen über eine Ordnungsstrafe gegen die Vertrauensperson. Dem möchte ich nicht ohne weiteres zustimmen; denn gerade diese Vorgänge können für die Gläubiger wichtig sein, um zu entscheiden, ob sie in der Gläubigerversammlung gemäß § 45 Abs. 2 S. 2 die Entlassung der Vertrauensperson beantragen sollen (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 13 Anm. 5).

Die Angabe des Schuldners darf nicht ohne weiteres dazu führen, daß Aktenteile geheimgehalten werden. Kiesow (§ 13 II, 1 b) führt allerdings aus, daß das Gericht die Einsicht stets versagen müsse, wenn sich der Schuldner mit der Einsicht durch den betr. Gläubiger nicht einverstanden erklärt. Diese Ansicht wird weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Vorschriften gerecht. § 13 Abs. 2 sagt: „Gläubigern kann die Einsicht untersagt werden", deutet also auf eine Ermessensentscheidung des Gerichts hin; sonst hieße es: „Gläubigern muß . . ." Das Gesetz will aber keine Geheimniskrämereien züchten. Das ganze Verfahren spielt sich vor der Öffentlichkeit ab. Es wird öffentlich bekanntgemacht (§ 27); der Schuldner muß einen Firmenzusatz führen (§ 37). Wer sich an seine Gläubiger wendet, damit ihm die Fortsetzung seines Unternehmens gewährleistet werde, muß sich ihnen offenbaren. Deshalb die eingehenden Erfordernisse der §§ 15 ff. für den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens. Wie sollen sich die Gläubiger wirklich ein Bild von der Zukunft des Unternehmens machen können, wenn sie nicht in alle Verhältnisse Einblick erlangen? Gewiß, ein Schuldner, der die Akteneinsicht hindert, setzt sich der Gefahr aus, daß die Gläubiger seinen Vorschlag ablehnen. Aber kann es nicht häufig vorkommen, daß die Gläubiger, gerade weil sie nicht die Einzelheiten haben kennenlernen dürfen, geneigt sind, den Versprechungen und Beteuerungen des Schuldners und der ihm nahestehenden Gläubiger zu Unrecht Glauben zu schenken?

Deshalb darf nicht der Schuldner, sondern nur das Gericht die Entscheidung über die Geheimhaltung treffen.

Dabei muß das Gericht sehr sorgsam vorgehen. Die Erfahrung lehrt, daß viele Kaufleute auch Dinge, die jeder Berufsgenosse kennt, als „Geheimnisse" werten. Tatsächlich aber sind Bezugsquellen und Absatzmöglichkeiten u. a. als Folge der Kriegs- und Nachkriegswirtschaft, des verbandlichen Zusammenarbeitens, der ausgedehnteren Werbearbeiten, jetzt weit mehr als vor dem Kriege bekannt. Wirkliche Geheimnisse, besonders Patente, Geheimverfahren, Interessenverträge oder dgl. müssen aber selbstverständlich geschützt werden. Mißbrauch muß jedoch vermieden werden (so auch Weinberg-Manasse § 13 Anm. 3).

Für das Gericht wird die Abgrenzung nicht immer leicht sein; es wird daher häufig gut tun, sich des Rates sachverständiger Personen, der Berufsvertretung, der Wirtschaftsverbände usw. zu bedienen (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 13 Anm. 5, § 9 Anm. 2).

Besonders scharf abzulehnen ist der Gedanke, der in den Beratungen des RT. bereits verworfen ist (Bericht des RT. S. 32), neuerdings aber von Salomon (§ 13 Anm. 4 S. 18) vorgetragen wird, daß auch das Gutachten der Berufsvertretung geheimgehalten werden dürfe. Zuzugeben ist lediglich, daß unter gewissen Umständen Teile des Gutachtens, die sich auf besondere, nach außen bisher unbekannte Einzelheiten beziehen, nicht allen Gläubigern zugänglich sein dürfen. Als Ganzes aber muß gerade das Gutachten der Berufsvertretung allen Gläubigern bekannt werden dürfen. Denn für den Entschluß des Gläubigers über die Zustimmung oder Ablehnung des Vergleichsvorschlages dürfte es neben der eigenen Sachkenntnis kaum eine bessere Grundlage geben, als die Ansicht der Berufsvertretung.

4. Darf der Schuldner mit dem Antrage auch seine letzte Bilanz vorlegen oder muß er eine besondere Vermögensübersicht anfertigen? Kiesow (§ 16 III S. 177) entscheidet sich für die erste Möglichkeit. M. E. zu Unrecht; es sei denn, daß der Antrag im unmittelbaren Anschluß an die Fertigstellung dieser Bilanz oder doch nur wenig später gestellt wird. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus § 18 Abs. 2 („Ist der Schuldner Kaufmann, so hat er auch die

letzte Bilanz einzureichen"), eine Bestimmung, die, wenn Kiesow im Recht wäre, keinen Sinn hätte, ferner aber auch aus der Erwägung, daß Gericht, Berufsvertretung und Gläubiger die Entwicklung der Verhältnisse des Schuldners bis zum Antrag und den Stand seines Vermögens zu diesem Zeitpunkt kennen müssen, um richtige Entscheidungen treffen zu können.

5. Sind die Ablehnungsgründe in den §§ 22, 23 erschöpfend geregelt? Meines Erachtens ja! Salomon (§ 23 III S. 46) meint, das Gericht sei, wenn die Berufsvertretung sich gegen das Verfahren ausspreche, berechtigt, die Eröffnung des Verfahrens abzulehnen, auch wenn keine der Gründe der §§ 22, 23 vorliegen; „sonst wäre die Anhörung der Berufsvertretung nach § 20 bedeutungslos". Salomon verkennt die Aufgaben, die § 20 der Berufsvertretung stellt. Diese sind zwar sehr umfassend (vgl. Samolewitz-Saenger-Wassermann § 20 Anm. 1 und ausführlicher meinen Aufsatz „Die Aufgaben der Industrie- und Handelskammer" in Mitteilungen der Berliner Industrie- und Handelskammer 1927, 655), sie beschränken sich aber, soweit es sich um den Antrag handelt, nur darauf, dem Gericht Unterlagen zur Entscheidung darüber zu geben (abgesehen von der Benennung einer Vertrauensperson), ob Gründe zur Ablehnung aus §§ 22, 23 gegeben sind. Überdies sind ja auch tatsächlich keine anderen Gründe wie die der §§ 22, 23 denkbar, die die Berufsvertretung veranlassen könnten, die Ablehnung des Antrages zu empfehlen. Die hier vertretene Ansicht billigt auch Kiesow (§ 22 I S. 194, § 23 I S. 203).

6. Beschwerdeverfahren.

a) Der Schuldner hat unbeschränkt das beneficium novorum. Lucas (§ 14 III S. 55) scheint der gleichen Ansicht zu sein; er führt aus, die Beschwerde könne auch darauf gestützt werden, der Mangel, wegen dessen gemäß § 22 Nr. 1 die Eröffnung abgelehnt worden ist, sei entschuldbar, die Frist zur Beseitigung zu Unrecht abgelehnt oder zu kurz gewesen. Kiesow dagegen legt dar (§ 24 IV, 3b S. 207 unten), der Schuldner könne die Beschwerde nicht damit begründen, daß er einen vom Vergleichsrichter mit Recht gerügten Mangel des Antrages nach Erlaß des ablehnenden Beschlusses beseitigt habe.

Mir scheint diese Ansicht allzusehr die Förmlichkeiten zu überschätzen. § 19 will zwar dem Verfahren eine erhebliche Beschleunigung geben; in der Regel wird das Beschwerdegericht auch ein Vorbringen des Schuldners im Beschwerdezuge als verspätet zurückweisen. Es ist aber sehr wohl denkbar, daß das Beschwerdegericht zu der Überzeugung gelangt, der Schuldner habe nicht böswillig gezögert, daher die neu beigebrachten Unterlagen zuläßt und dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens stattgibt.

b) Darf das Beschwerdegericht eine Gläubigerversammlung einberufen? Kiesow (§ 9 IV) verneint diese Frage. Nach meiner Ansicht muß sie aber bejaht werden (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 9 Anm. 6); denn es liegt nicht der geringste Grund vor, weshalb nicht dem Beschwerdegericht dieselben Möglichkeiten wie dem AG. gemäß § 9 VerglO. gegeben sind, um den Sachverhalt aufzuklären. Es ist denkbar, daß die Beschwerdekammer des LG. einen Beisitzer beauftragt, mit den Gläubigern persönlich Fühlung zu nehmen, um die Verhältnisse von Grund auf kennenzulernen.

7. Lossagung von beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen. §§ 28, 29 setzen voraus, daß das Gericht die Ermächtigung dazu erteilt hat. Der Antrag auf Ermächtigung ist befristet; er muß binnen einer (Ausschluß-) Frist von zwei Wochen nach Eröffnung des Verfahrens gestellt sein. Dagegen bestimmt das Gesetz keine Frist zur Ausübung der mit der Ermächtigung gegebenen Befugnis. Lucas (§§ 28—30 IV S. 92) will dem Gericht die Möglichkeit geben, die Ermächtigung zu befristen. Diese Ansicht findet aber im Gesetz keine Stütze (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 28 Anm. 4). Der Vertragsgegner kann sich nur dadurch helfen, daß er Erfüllung verlangt; dann muß der andere sich entschließen, ob er von der Ermächtigung Gebrauch machen will (Kiesow § 28 IV S. 231).

8. Nach § 32 tritt mit der Eröffnung des Verfahrens Vollstreckungssperre ein. Diese wirkt aber nicht gegen alle Gläubiger, sondern nur gegen die beteiligten Gläubiger (§ 2), außerdem für die im § 3 Abs. 3 aufgezählten Gläubiger. Die Vollstreckungssperre ist von Amts wegen zu beachten. Das ist einfach, wenn die Tatsache, daß der die Vollstreckung betreibende Gläubiger zu einer der beiden oben bezeichneten Gruppen gehört, feststeht. Wie aber, wenn darüber Zweifel bestehen? Lucas (§ 32 IV S. 100) und Salomon (§ 32 Anm. 4 S. 64) verlangen, daß das Vollstreckungsorgan den Auftrag ablehne, und verweisen die Gläubiger auf den Weg der Erinnerung aus § 766 ZPO. Richtiger dürfte aber die Ansicht sein, daß das Vollstreckungsorgan — selbstverständlich nur, wenn es ihm nicht möglich ist, sich selbst ein abschließendes Urteil zu bilden — die Vollstreckung durchführt. Diese Ansicht billigen für die Geschäftsaufsicht Kleinfeller (JW. 1926, 2462) und Levy, Geschäftsaufsicht S. 82 (a. A. Pick: JW. 1927, 404[14]). Ist der Gläubiger im Recht, so wird unnützer Zeitverlust vermieden, ist er im Unrecht, so haben Schuldner und jeder beteiligte Gläubiger die Möglichkeit, durch Erinnerung oder durch Klage den unzulässigen Zwangszugriff zu beseitigen (Samolewitz-Saenger-Wassermann § 32 Anm. 5).

9. Prozeßkosten gehen zu Lasten des Gläubigers, wenn die Klage nach Eröffnung des Verfahrens erhoben ist, und wenn der Schuldner den Anspruch sofort anerkennt, es sei denn, daß der Gläubiger bei Erhebung der Klage die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht kannte oder aus besonderen Gründen an alsbaldiger Feststellung ein berechtigtes Interesse hatte.

Was heißt: „sofort anerkennt!" Kiesow (§ 35 III, 1 S. 270) und Salomon (§ 35 Anm. 2 S. 70 unten) verlangen Anerkenntnis im Prozeß. M. E. zu Unrecht. Zweck der Vorschrift ist es, möglichst viel Kosten zu ersparen. Das Prozeßanerkenntnis läßt auf jeden Fall eine Gerichtsgebühr entstehen; im Anwaltsprozeß muß der Schuldner, der anerkennen will, einen Anwalt beauftragen, und dafür $^{15}/_{10}$ Anwaltsgebühren bezahlen. Es muß ausreichen, wenn der Schuldner sofort in irgendeiner Form erklärt, die Forderung nicht bestreiten zu wollen; diese Erklärung muß im Vergleichstermin wiederholt werden; diese Erklärung wird zu Protokoll genommen und bewirkt, wenn weder die Vertrauensperson noch ein beteiligter Gläubiger widerspricht, daß der Gläubiger wegen dieser Forderung aus dem bestätigten Vergleich vollstrecken kann (§§ 75, 62 Abs. 4).

Für den Gläubiger bedeutet dieser Standpunkt keine Rechtsminderung; denn er könnte aus dem Anerkenntnisurteil ohnehin nicht vollstrecken (§ 32). Der Zeitraum bis zum Vergleichstermin ist sehr kurz. Der Vergleich wird in der Regel nicht sofort, sondern erst binnen einer Woche nach dem Vergleichstermin verkündet werden. Der Gläubiger wird, wenn der Schuldner ihm erst formlos das Anerkenntnis erklärt, dann aber im Vergleichstermin der Forderung widersprochen hat, stets einen nahen Termin zur mündlichen Verhandlung erhalten und dann seine Rechte verwirklichen können[1]).

---

[1]) Zur Vergleichsordnung vgl. Lucas: JW. 1927, 1665; Jäger: DJZ. 1927, 1314; Levy: Konkurs- und Treuhandwesen 1927, 108; E. H. Meyer: ebd. 85; Blum: JurR. 1927, 449.

Zum Kalkulationsirrtum.

Von Geh. Justizrat Prof. Dr. Krückmann, Münster i. W.

Nicht alles, was in der Rspr. als Kalkulationsirrtum behandelt wird, gehört zu ihm, und darum ist die erste Aufgabe, wenn man diese Frage lösen will, das Anwendungsgebiet richtig abzustecken. Hierfür ist das folgende ein Beitrag.

I.

In der Erörterung über den Kalkulationsirrtum[1]) spielt eine sehr bedeutende Rolle die Entsch. RG. 94, 66 ff. = JW. 1919, 302: Irrtum über den Börsenpreis. Da Derartiges leicht wieder vorkommen kann und von dem RG., aber auch von allen Kritikern der Tatbestand m. E. unrichtig analysiert worden ist, sei darauf hingewiesen, daß dieser Fall, so wie er entschieden ist, überhaupt nicht unter den Kalkulationsirrtum gehört. Die Bank hatte den Auftrag übernommen, zum Kurse von höchstens 340/42 Aktien zu verschaffen[2]). Dem nachfragenden Boten des Kunden wurde gesagt, daß die Ausführung zu 337½ erfolgt sei. Der Tageskurs war 437½. Es kam zum Prozeß, da der Kunde Lieferung zu 337½ verlangte. Das RG. entschied, daß rechtswirksam wegen Irrtums angefochten sei. Rhode setzt in den Vertrag den Tageskurs ein, lehnt also die Anfechtung wegen Irrtums ab. In dem zweiten ist ihm zuzustimmen, aber nicht darin, daß ein Vertrag zu 437½ geschlossen sei. Das ergibt sich, wenn man die verschiedenen Möglichkeiten durchgeht. Diese sind folgende:

1. Der Kommissionsvertrag wurde durch Hereinnahme des Auftragszettels geschlossen. Dies wird unter hundert Fällen hundert Male vorkommen. Nach dem Tatbestand war der Vertrag auf diese Weise geschlossen. Die Bank übernahm die Pflicht, sich um die Beschaffung zu 340/42 zu bemühen, falls zu diesem Kurse das Papier börsenmäßig gehandelt wurde. Diese letzte Bedingung ist unerläßlich, um die Bank ersatzpflichtig zu machen, wenn sie den Auftrag nicht ausführt. Wenn Aufgabe des Kommittenten und Börsenkurs sich nicht decken, ist die Bank frei, und es kann höchstens auf Grund neuer Tatbestände (§§ 385 II, 386 HGB.) zu weiteren Rechtswirkungen kommen. Daraus ergibt sich, daß die irrige Mitteilung mit dem Vertragsschluß nichts mehr zu tun hat[3]). Der Vertragsschluß war vorbörslich, die Mitteilung nachbörslich. Höchstens hätte eine Ersatzpflicht entstehen können, diese war aber ebenfalls gegenstandslos, weil der Irrtum sehr rasch aufgeklärt wurde. Die Parteien hätten sich auf §§ 385 II, 386 HGB. beziehen können, haben es aber nicht getan. Die Rechtsfrage ist also im Grunde sehr einfach, weder Anfechtung wegen Irrtums noch Einsetzung des Börsenkurses kraft Willensauslegung, sondern § 386 HGB. kam in Betracht.

2. So war es nach dem Tatbestand, die andere Möglichkeit, die außerhalb der eigentlichen Börsenkreise vorkommen mag, ist Annahme des Auftrages durch Ausführung und sei der Grundsätzlichkeit wegen ebenfalls untersucht. Der Vertrag wurde spätestens mit der Ausführung geschlossen, nicht aber durch die spätere Mitteilung. Die Bank nahm durch Ausführung des Auftrags den Auftrag an. Die spätere Benachrichtigung war einfach eine falsche Mitteilung über den vorher geschehenen Vertragsschluß durch Vertragserfüllung (§ 151 BGB.), konnte an dessen Inhalt nichts mehr ändern. Der Kunde könnte sich höchstens darüber betrüben, daß er eine Zeitlang die unbegründete Freude gehabt hätte, sich einbilden zu können, daß er besonders billig gekauft habe. Das war alles. In Wirklichkeit war ein Vertrag gar nicht geschlossen, sondern durch klaren Dissens war der Abschluß verhindert. Der Kunde hatte 340/42 erklärt, die Bank hatte durch Ankauf zu 437½ etwas ganz anderes erklärt, nämlich 437½. Beide Erklärungen waren also aneinander vorbeigegangen, so daß nicht einmal für § 396 HGB. Raum ist, wenn man nicht annimmt, daß eine analoge Anwendung sich rechtfertigen ließe. Bei einer solchen Gestaltung des Tatbestandes ist unzweifelhaft, daß die falsche Benachrichtigung nichts mit dem Vertragsschluß zu tun hatte. Höchstens hätte daraus eine Ersatzverpflichtung entspringen können, mehr aber nicht. Weder die Anfechtung auf der einen Seite, noch die Einsetzung des tatsächlichen Börsenkurses auf der anderen Seite kamen in Betracht. Das letztere um so weniger, als hierfür durch § 386 HGB. ausdrücklich vorgesorgt ist.

B. Es bleibt noch der Selbsteintritt zu prüfen. Da bestehen folgende Möglichkeiten:

1. Der Vertrag wird durch Hereinnahme des Auftragszettels geschlossen.
   a) Der Selbsteintritt wird vor der Mitteilung an den Boten erklärt.
   b) Er wird zugleich mit der Mitteilung erklärt.
   c) Er wird nach der Mitteilung erklärt.
2. Der Vertrag wird durch die Ausführung des Auftrages geschlossen.
   a) Der Selbsteintritt wird vor der Mitteilung erklärt.
   b) Er wird mit ihr erklärt.
   c) Er wird nach ihr erklärt.

Verschiedene dieser Fälle sind ja sehr unwahrscheinlich, aber alle Möglichkeiten müssen doch betrachtet werden.

1. a) Da die Erklärung des Selbsteintritts keinen neuen Vertrag erzeugt, sondern nur das alte Abkommen unter neue Regeln über die Erfüllung stellt, wird der Inhalt der Selbsteintrittserklärung durchaus durch den Inhalt des Vertrages bestimmt. Alles läuft auf § 386 HGB. hinaus.

1. b) Da die Mitteilung nichts an dem früher geschlossenen Vertrag ändert, dem die Selbsteintrittserklärung sich durchaus anpaßt, kommt auch hier nur § 386 HGB. in Frage.

1. c) Das gleiche gilt, wenn die Selbsteintrittserklärung nach der Mitteilung und vor Aufdeckung der Falschmeldung erklärt wird. Es bleibt nun einmal dabei, daß die Wirkung des Selbsteintritts, die doch nur eine Erklärung über die Erfüllung, eine Wahlerklärung des wahlberechtigten Schuldners ist, keinen neuen Vertragsschluß bedeutet. Nur § 386 HGB. kann bedeutsam werden.

2. a—c) Wegen Dissenses ist kein Vertrag da, in Ansehung dessen eine Wahlerklärung des Schuldners abgegeben werden könnte. Es kann sich nur fragen, ob man § 386 HGB. analog anwenden will.

C. Mit § 386 HGB. ist allen berechtigten Interessen des Auftraggebers entsprochen, man gibt dem Auftraggeber Unnötiges und sogar Gefährliches, wenn man einfach den tatsächlichen Börsenkurs in den Vertrag einsetzt, wie es Rhode a. a. O. will. Legt der Kunde Wert darauf, den Einkauf für sich auszunutzen, dann kann er dies mit Hilfe des § 386 HGB. erreichen. Wird dagegen einfach der Börsenpreis ohne weiteres eingesetzt, dann muß auch der Kunde unter Umständen etwas nehmen, was ihm in allen Fällen zu teuer und unerschwinglich ist. Gegen diese Gefahr muß man schon ein Anfechtungsrecht[4]) erfinden und so den einen Mißgriff durch ein unbegründetes neues Postulat unschädlich machen. In § 386 HGB. ist eine ganz vernünftige Regelung getroffen, die zwar wesentlich wohl für die Verkaufskommission funktionieren wird, die aber auch bei der Einkaufskommission uns mindestens vor Verwechslungen bewahren kann.

---

[1]) Der Kalkulationsirrtum ist viel behandelt (vgl. Oertmann: DJZ. 1909, 742 ff.; ArchZivPrax. 117, 291; v. Tuhr: LZ. 1918, 126; 1921, 153 ff.; JW. 1923, 324 ff.; Lenel: DJZ. 1920, 417 ff.; Jacobi: JheringJ. 70, 110 ff., insbes. S. 141 ff.; Stampe: JW. 1921, 828; Rhode: ArchZivPrax. N. F. 4, 257 ff., insbes. S. 270 ff.; Fuchs: LZ. 1926, 18 ff.).

[2]) Die Ausführungen des RG. a. a. O. S. 66 darüber, ob Kommission oder Verkauf vorliege, sind nach mehrfacher Richtung bedenklich.

[3]) Hierin stimme ich Jacobi a. a. O. S. 142 zu, kann ihm aber nicht darin folgen, daß nun einfach der Kommittent dem Kommissionär seine Auslagen zu ersetzen hätte. Der Kommissionär hatte seinen Auftrag um 100% überschritten, angesichts dieser Begrenzung scheint mir der einzig mögliche Ausweg in § 396 HGB. zu liegen.

[4]) Rhode a. a. O. S. 327.

II.

Neuerdings ist eine weitere Entscheidung zum Kalkulationsirrtum ergangen, die aber ebenfalls nicht dahin gehört und wegen der großen praktischen Wichtigkeit (Druckfehler im amtl. Kurszettel) besonderes Interesse beanspruchen darf (RG. 116, 15 = JW. 1927, 1081). Der Verklagte hatte bei der klagenden Bank ein Guthaben von 796 GM. und beauftragte sie am 7. Jan. 1924, für ihn bestens 300 000 ℳ Neue Berliner Pfandbriefe und 100 000 ℳ Pommersche Pfandbriefe anzukaufen. Infolge Druckfehlers im amtlichen Kurszettel nahmen der Beamte und der Verklagte an, daß der Kurs einige Tausend Millionen v. H., also einige Milliarden betrüge, während er einige Tausend Milliarden v. H., also einige Billionen betrug. In den Ausführungsanzeigen war ebenfalls nur der tausendste Teil des wirklichen Kurses berechnet. Der Verklagte stellte Stornierung anheim, wurde aber auf den vollen Kurswert von rund 14 244 GM. verklagt. Das RG. benutzt auch hier die Anfechtung wegen Irrtums, leugnet allerdings zunächst grundsätzlich die Bedeutung des Druckfehlers im Kursbericht. Da muß schon von vornherein widersprochen werden. Über Druckfehler in privaten Kursberichten läßt sich reden, insofern die Benutzung der privaten Kursberichte ohne Nachprüfung auf ein Verschulden schließen lassen kann. Das scheidet hier aber aus, weil der Verklagte und der Beamte beide denselben Irrtum geteilt haben. Das RG. stellt folgende Erwägungen an: Der Kurs überstieg die Notiz um das Tausendfache, der Kaufpreis konnte durch das Guthaben des Verklagten keinenfalls gedeckt werden, es blieben rund 13 450 GM. ungedeckt. Der Verklagte würde den Auftrag nicht erteilt haben, wenn er alles gewußt hätte, der Beamte durfte einen Auftrag mit so ungenügender Deckung nicht annehmen. Daraufhin gewährt das RG. die Anfechtung auf Grund von § 119 I, wirft aber die Frage auf, ob es einer Anfechtung überhaupt bedurfte. Es komme auch culpa in contrahendo des Beamten in Frage, die dem Verklagten einen Ersatzanspruch gebe. Es schiebt diesen Ersatzanspruch sogar an die vorderste Stelle und weist das OLG. an, erst nach Abweisung dieses Anspruches die Anfechtbarkeit zu prüfen. Offenbar ein Widerspruch zu früheren Entscheidungen, denn das RG. stellt fest, daß der Verklagte angefochten habe. Danach mußte die Reihenfolge umgekehrt sein. Infolge der Anfechtung mußte sich das RG. auch noch mit dem Ersatzanspruch aus § 122 auseinandersetzen und verweist nochmals auf das Verschulden des Beamten. Das Nähere ist hier ohne Belang. Alle diese Erwägungen sind entbehrlich, die Sache ist einfacher. Es ist offenbar, daß der Auftrag „bestens" auszulegen war: in Anschluß an den im Kurszettel genannten Kurs. Daraus ergibt sich, daß der Auftrag also lautete: Kaufe bestens in Anschluß an den von mir und dem Beamten unterstellten Millionenkurs. Diesen Auftrag hat die Bank nicht ausgeführt, sie kann nicht behaupten, daß die Ausführung, wie vorgenommen, dem erteilten Auftrag entsprochen habe. Sie hat sich über die Tragweite des richtig und einwandfrei abgeschlossenen Auftrages geirrt, hat ihn nachträglich falsch verstanden und darum auch falsch ausgeführt. Der Auftrag geht durchaus in Ordnung, das Geschäft braucht gar nicht angefochten zu werden, der Kunde konnte einfach die Ausführung als nicht auftragsgemäß zurückweisen und hat dies deutlich genug getan. Es war also nicht bei dem Abschluß des Rechtsgeschäftes, sondern bei seiner Erfüllung der Hebel einzusetzen. Wenn die Bank den fehlerlos erklärten und fehlerlos angenommenen Auftrag falsch auslegt, dem Kunden auch keinerlei Vorwurf gemacht werden kann, vielmehr eher dem Vertreter der Bank etwas vorgeworfen werden könnte, so ist die Bank die nächste, die Nachteile zu tragen. Im Gegenteil, der Kunde kann Ersatz beanspruchen, wenn ihm durch unberechtigte Ansprüche der Bank die Verfügung über sein Konto genommen und er in seiner Ausnutzung behindert wird. Die Bank mußte ihm sein Konto freigeben, durfte es nicht zurückhalten — es ist vermutlich drei Jahre hindurch zurückgehalten worden —; sie muß infolgedessen auch allen dadurch entstandenen Schaden ersetzen.

Daraus folgt, nebenbei bemerkt, daß Druckfehler im amtlichen Kurszettel grundsätzlich zu Lasten der Bank gehen und nicht zu Lasten des Kunden. Dies ist auch nur angemessen, denn die Bank vertritt die Fachkenntnisse, der Kunde aber das bloße Laienwissen.

Also auch dieser Fall hat mit dem Kalkulationsirrtum nichts zu tun, wird vielmehr ebenfalls durch § 386 HGB. geregelt. Aus dem mitgeteilten Tatbestand ergibt sich, daß der Kunde unverzüglich zurückgewiesen hatte (§ 386 I). Dies ist auch die richtige Analyse seiner Erklärung, die von dem RG. zwar als Anfechtung ausgelegt worden ist, aber doch sich der Anfechtung nicht ungezwungen einfügt.

Schrifttum.

Dr. **Richard Salomon**, Rechtsanwalt am Kammergericht: **Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses** (Vergleichsordnung). Berlin. R. von Deckers Verlag vorm. E. Schenk. Preis geb. 6 ℳ.

Dr. **Wilhelm Kiesow**, Geheimer Regierungsrat, Ministerialrat im Reichsjustizministerium: **Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses** (Vergleichsordnung). Mannheim, Berlin und Leipzig. Verlag J. Bensheimer.

Dr. **Leopold Samolewitz**, Rechtsanwalt und Notar in Berlin, Dr. **A. Saenger**, Rechtsanwalt in München, und Rechtsanwalt Dr. **Rudolf Wassermann: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses** (Vergleichsordnung). Verlag Brügel & Sohn, AktG., Ansbach, und Struppe & Winckler, Berlin.

Hermann Lucas, Ministerialrat im Preußischen Justizministerium: **Die neue Vergleichsordnung.** Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. Berlin. Verlag Julius Springer. Preis 9,60 ℳ.

Rechtsanwalt Dr. **Fritz Weinberg** und Kommerzienrat **B. Manasse: Vergleichsordnung.** Das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. Berlin u. Wien. Industrieverlag Spaeth & Linde.

Dr. **S. Jaffa**, Rechtsanwalt und Notar: **Das Recht des Vermögensverfalls.** I. Band: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. Berlin. Verlag Conrad Haber.

Amtsgerichtsrat **Leopold Levy**, Berlin: **Kommentar zur Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927.** Berlin. Verlag der Reichsbund-Druckerei GmbH.

Rechtsanwalt **Bernhard Wolff**, Dr. jur. und phil. **Fritz Maas** und Rechtsanwalt Dr. **Walter von Simson: Vergleichsordnung.** Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. Berlin. Verlag Otto Stolberg (Verlag für Politik und Wirtschaft). Preis 4,50 ℳ.

Justizrat **Bendix**, Breslau: **Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses** (Vergleichsordnung). Leipzig 1927. Verlag C. L. Hirschfeld. Preis geb. 9 ℳ.

Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. (Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927.) Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachverzeichnis von Amtsrichter **Josef Altstötter.** München. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung.

Nach langen Vorbereitungen und einer langen Entwickelungsgeschichte tritt am 1. Okt. d. J. die neue VerglO. in Kraft. Es ist erfreulich, daß schon vor ihrem Geltungsbeginn eine Reihe von tüchtigen und zur Einführung in die Gedanken des Gesetzes außerordentlich geeigneten Erläuterungswerken erschienen ist, die je nach der Verschiedenheit der Verf. teils mehr die rechtliche, teils mehr die wirtschaftliche Seite in den Vordergrund rücken. Naturgemäß müssen sich alle diese Erläuterungswerke, denen die Praxis des wirklichen Rechtslebens noch fehlt, im wesentlichen auf dasjenige beschränken, was zur Auslegung der neuen VerglO. aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Kampf um die Entstehung und aus der Rspr. und Literatur zur KO. und GeschAufsVO. sich ergibt. Diese Ausbeute ist

aber, da doch eine große Anzahl von Gedanken der VerglO. diesen früheren Gesetzen und Verordnungen entnommen ist, eine verhältnismäßig ergiebige.

Der Komm. von Salomon bringt nach einer knappen Einleitung, die insbes. den Entstehungskampf wiedergibt, die Erläuterungen zum Gesetz und eine Reihe brauchbarer Formulare. Der Komm. zeichnet sich vor den anderen namentlich dadurch aus, daß er überall auch die Kritik der einzelnen Gesetzesbestimmungen in den Vordergrund rückt, und zwar in einer eingehenden Weise. Dies macht das Buch außerordentlich wertvoll, zumal bei dem Sprung ins Dunkle, den die VerglO. immerhin darstellt, doch sehr stark mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß mit ihr nicht der Weisheit letzter Schluß gezogen ist; als besonders wertvoll möchten wir die Kritiken des Verf. gegen die Quotenvorschrift des § 6 des Ges. in der Anm. 1a zu § 15 und die Ausführungen des Verf. über die Nichtgleichstellung der rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Schuldners aus den letzten 30 Tagen vor der Eröffnung des Verfahrens mit der Zwangsvollstreckung hervorheben. Die leitenden Prinzipien des Gesetzes sind in scharfen juristischen Ausführungen gut verarbeitet; besonders wertvoll erscheinen die Erläuterungen zu den §§ 28—30 über die schwebenden Rechtsgeschäfte.

Ein Lapsus ist dem Verf. offensichtlich in den Vorbem. vor §§ 15 ff. unterlaufen, wenn er dort ausführt, daß der Schuldner schon dem Eröffnungsantrage einen bestimmten Vergleichsvorschlag beifügen müsse, mit dem eine qualifizierte Majorität der beteiligten Gläubiger einverstanden sein müsse. Der Verf. vertritt demgegenüber in den Erläuterungen zu § 16 Ziff. 4 und auch in seinem Formular klar den zutreffenden Standpunkt, daß mit dem Eröffnungsantrage nur die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der beteiligten Gläubiger zur Einleitung des Eröffnungsverfahrens überhaupt, nicht zu einem bestimmten Vorschlag verbunden sein muß, so daß es sich nur um einen versehentlichen Ausdruck handeln kann, der offenbar darauf zurückzuführen ist, daß der Absatz in einem früheren Zeitpunkte niedergeschrieben und versehentlich stehengeblieben ist.

Der Komm. von Kiesow ist in seiner ganzen Anlage breiter. Er gibt in einer Einleitung eine sehr gründliche und ausführliche Geschichte der Vergl.O. und eine recht gute systematische Darstellung, in der er die Grundlagen des Vergleichsverfahrens und den Inhalt des Gesetzes behandelt. Auch bei Kiesow spielt die Kritik des Gesetzes keine kleine Rolle. Naturgemäß steht er fast durchweg auf dem Standpunkt der Regierungsvorlage und verteidigt diese gegen die im Entstehungskampf erhobenen Angriffe und Einwendungen. Ausgezeichnet ist die Herstellung des Zusammenhanges mit den konkursrechtlichen Bestimmungen; soweit es der Verf. für nötig erachtet hat, ist, was auch zum Verständnis der VerglO. wesentlich beiträgt, auch auf die konkursrechtlichen Bestimmungen sehr eingehend eingegangen. Hervorragend sind in den Erläuterungen zu §§ 28—30 die Behandlungen der schwebenden Geschäfte, insbes. die Behandlung der Sukzessiv-Lieferungsverträge und der Verpflichtungen der sog. Wiederkehrschulden. Auf diesem Gebiete wird die Rspr. noch manche Unklarheit der VerglO. zu lösen haben. Formulare fehlen im Kiesowschen Komm. gänzlich.

Auch der Komm. von Samolewitz, Saenger und Wassermann geht tief in die Probleme der VerglO. hinein. Er bringt eine knappe systematische Einleitung, der eine ausgezeichnete und für das Verständnis des Gesetzes und seiner Kritik sehr wertvolle Abhandlung über den Präventivakkord in der Gesetzgebung des Auslandes beigefügt ist. Die Erläuterungen sind knapper als bei Salomon und Kiesow, lassen es aber gleichwohl an eingehender Behandlung der wesentlichen Fragen nicht fehlen.

Ausgezeichnet sind die zahlreichen Formulare, die dem Buche beigefügt sind; es enthält außer dem Formular für den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens und dessen Anlagen insbes. auch sehr brauchbare Entwürfe für Vergleichsvorschläge, Besserungsscheine, ein Formular für den Entwurf eines Sanierungsvergleichs und auch sonst wertvolle Formulare für den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Dadurch nähert sich das Buch denjenigen Erläuterungswerken, die mehr für den täglichen Gebrauch in der Handelswelt bestimmt sind.

Der Kommentar von Lucas zeichnet sich namentlich durch eine sorgfältige, jeder Gesetzesbestimmung beigefügte Wiedergabe der Begründung des Gesetzes und in seinen eigenen Erläuterungen durch eine gute Herstellung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Einzelbestimmungen des Gesetzes untereinander aus. Die Rspr. zur RKO. und zur GeschAufsVO. ist nur in den wichtigsten Punkten berücksichtigt.

Der Komm. von AGR. Leopold Levy — dessen Verf. als langjähriger Berliner Konkursrichter über eine reichhaltige praktische Erfahrung verfügt — ist in kleinem Maßstabe angelegt; er stellt die Beziehungen zur GeschAufsVO. und zur KO. in übersichtlicher Weise her und enthält ein kleines Formularheft; er eignet sich namentlich zum Gebrauch als erste Orientierungsquelle.

Während es sich bei den bisher besprochenen Komm. durchweg um solche handelte, bei denen die rechtliche Durcharbeitung im Vordergrund stand, betont der Komm. von Weinberg-Manasse mehr die wirtschaftlichen Momente. Eine von Kommerzienrat Manasse verfaßte Einleitung für die Praxis gibt eine Reihe von schätzbaren praktischen Vorschlägen für unser Wirtschaftsleben; eine systematische Einleitung „Zur Einführung des Gesetzes" gibt einen kurzen Abriß desselben. Die Erläuterungen sind knapp gehalten und können naturgemäß nicht alle Probleme des Gesetzes behandeln. Ausgezeichnet ist auch dieses Buch durch die Reichhaltigkeit der Formulare, unter denen auch die Übertragung des Vermögens an einen Treuhänder nicht fehlt.

Der Komm. von Jaffa stellt die Beziehungen zur RKO. und GeschAufsVO. durch Wiedergabe der diesbezüglichen Vorschriften dar; seine Erläuterungen sind knapp und kurz gehalten; Formulare fehlen. Das Buch ist als erster Teil einer zusammenhängenden Darstellung über das Recht des Vermögensverfalls erschienen.

Die kleine Textausgabe mit Anm. von Wolff, Maas und Simson enthält eine Einleitung, in der nach kurzen geschichtlichen Bemerkungen, die allerdings erst mit der Einführung der GeschAufs. einsetzen, die Grundzüge des Gesetzes kurz wiedergegeben sind. Die Erläuterungen sind kurz, stellen aber einen Zusammenhang mit der KO. gut her. Die dem Buch beigefügten Fomulare zeichnen sich durch praktische Brauchbarkeit aus. Sie beschränken sich im Gegensatz zu den übrigen Komm. nicht auf den Verkehr mit dem Gericht, sondern enthalten auch brauchbare Entwürfe für Rundschreiben und Korrespondenzführung im Vergleichsverfahren.

Die Handausgabe von Bendix, der in der Praxis bereits als Autor eines guten Komm. zur GeschAufsVO. bekannt ist, stellt in den Erläuterungen die wirtschaftlichen Gesichtspunkte und die dem Erlaß des Gesetzes vorangegangenen Kämpfe in den Hintergrund gegenüber den Rechtsfragen. Diese sind in klarer und übersichtlicher Weise und unter sorgfältiger Verwertung der konkursrechtlichen Rspr. bearbeitet. Die Erläuterungen sind auch dadurch für die Praxis außerordentlich wertvoll, daß sie den Zusammenhang der einzelnen Bestimmung des Gesetzes mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes überall klarstellen; nur so sind mißverständliche Folgerungen aus Einzelbestimmungen des Gesetzes zu vermeiden.

Mit abgedruckt ist die GeschAufsVO. v. 14. Dez. 1926 in der letzten Fassung. Formulare sind der Handausgabe nicht beigefügt.

Die vorliegende Textausgabe von Altstötter ist mit kurzen Erläuterungen versehen, die namentlich den Zusammenhang zwischen den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen und den Zusammenhang zwischen diesen und der RKO. und der GeschAufsVO. herstellen. Vorausgeschickt ist eine kurze rechtsgeschichtliche Einleitung und eine knappe Inhaltsangabe des Gesetzes. JR. Dr. Lemberg, Breslau.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Auflage. Bearbeitet von Dr. h. c. Heinrich Koenige, Senatspräsident am Reichsgericht i. R., Justizrat Albert Pinner, Geh. Justizrat Dr. Felix Bondi. Registerband. Berlin und Leipzig 1927. Verlag Walter de Gruyter. Preis 7,60 ℳ.

Es ist nicht üblich, einen Registerband zu besprechen, wie es ja auch nicht üblich ist, ein Register in einem besonderen Band zu veröffentlichen. Dies 123 zum Teil recht eng gedruckte Seiten umfassende Register ist aber technisch so vorzüglich gearbeitet, indem es nicht weniger als 129 Gesetze, die neben dem HGB. selbst in dem Buche erwähnt sind und in einem alphabetischen Sachregister von dankenswerter Ausführlichkeit alles umfaßt, daß ein Hinweis hierauf sich wohl verlohnt. Auch dieses Register ist ein Beweis für das in JW. 1927, 1667 Gesagte. Der nun einmal dem heutigen, deutschen Juristen zur Bearbeitung unterliegende Rechtsstoff ist ein sich derart ständig vermehrender, daß ihm nur mit allen Mitteln hervorragender wissenschaftlicher Technik beigekommen werden kann. Ein Hauptmittel hierfür ist ein Register von der Art des vorliegenden. D. S.

C. Schaeffer u. J. Wiefels: Handelsrechtliche Nebengesetze (Wechsel- und Scheckrecht, Bank- und Börsenrecht, Versicherungsrecht, Binnenschiffahrtsrecht). Leipzig 1927. C. L. Hirschfeld. 176 S. Preis 3,75 ℳ.

Die vorl. Arbeit ist das 9. Heft der unter dem Titel „Grundriß des privaten und öffentlichen Rechts und der Volkswirtschaftslehre" von OLGR. Schaeffer herausgegebenen Sammlung. Sie schließt sich in Art und Umfang den bisher veröffentlichten Heften an. Eine eingehende Darstellung der hier in Frage kommenden Gesetze kann nicht erwartet werden. Der Grundriß hat hier wie bei Bauwerken die Aufgabe, den Aufbau zu verdeutlichen. Das setzt die Fähigkeit des Beschauers voraus, sich aus den nur umrissenen Darstellungen ein volles Bild zu machen. Bringt hier der Leser diese Eigenschaft mit, so wird ihm auch das System der handelsrechtlichen Nebengesetze klar werden. Er muß nur, nicht nur Satz für Satz, sondern auch Wort für Wort lesen. Er muß auch selbst denken. So angewendet, wird auch für den Studierenden dieser Grundriß von Wert sein.

RA. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Schriften der Studiengesellschaft für Währungs- und Finanzreform E. V., Berlin. 1. Heft: Prof. Dr. Schlegelberger,

Probleme des Aktienrechts. Leipzig 1926. Verlag von G. A. Gloeckner. 30 S. Preis geh. 1,20 ℳ.

Die Schrift enthält außer einem Vortrage, den Schlegelberger in der Studiengesellschaft gehalten hat, noch eine Kritik von Professor Dr. Nußbaum, Berlin, sowie ein Schlußwort von Schlegelberger.

Wie Schl. in seinem Vortrage nachdrücklich betont, hat er ihn als Mann der Wissenschaft gehalten, so daß keinerlei Rückschlüsse auf die Stellung des Reichsjustizministeriums zur Frage der Aktienreform zulässig wären. Schl. hat ferner nicht sämtliche, sondern nur einen Teil der Reformfragen besprochen. Bei Behandlung der Mehrstimmrechtsaktien weist er darauf hin, daß sie dem Schutze des deutschen Aktienwesens während der Inflation ihre Entstehung verdanken. Er verkennt nicht, daß mit den Mehrstimmrechtsaktien wie ferner mit den Verwertungsaktien, die gleichfalls aus der Not der Inflationszeit hervorgegangen sind, Mißbrauch getrieben worden, ebensowenig, daß ein solcher Mißbrauch auch nach der jetzigen Gesetzeslage möglich sei. Im Zusammenhang hiermit gibt er eine kurze Übersicht, die nicht erschöpfend sein soll, über die Vorschläge, die zur Abstellung dieser Mißbräuche gemacht worden sind. Schl. bezeichnet die Lösung dieser Frage als gegenwärtig noch nicht spruchreif. Meines Erachtens mit Recht. Im Anschluß hieran kommt er auf die aktienrechtlichen Probleme, die durch Wirtschaftsprobleme bedingt werden, zu sprechen, namentlich auf die Ausgabe von convertible bonds. Schl. betont nachdrücklich den inneren Zusammenhang der drei großen Kapitalbeschaffungsfragen: autorisiertes Kapital, Unterpariemission und Quotenaktie.

Nußbaum, der ja mit Entschiedenheit für die Reform des Aktienrechts eintritt, setzt an dem Vortrage aus, daß Schl. sich zu wenig reformfreundlich, und vor allem, daß er sich der Vorwegnahme einer Teilreform, die sich auf Mehrstimmrechts- und Verwertungsaktien beziehen soll, abgeneigt zeigt. N. weist darauf hin, daß eine große Anzahl von Handelsrechtsprofessoren sich trotz der auch von ihnen gewürdigten theoretischen Bedenken auf dem Juristentag fast einstimmig für die Sonderregelung des Stimmrechts und der Verwertungsaktie entschieden habe. Hiernach scheint es, als ob N. sowie die von ihm genannten Professoren aus praktischen Gründen der von ihnen gewünschten sofortigen Teilreform den Vorzug vor einer späteren Gesamtreform geben wollen. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so möchte es angezeigt sein, in dem jetzt so energisch für die Interessen des Kleinaktionärs gegen Großaktionäre und Banken geführte Kampfe auch einmal der Unternehmung, die Groß- wie Kleinaktionären gemeinschaftlich gehört, zu gedenken. Wenn man die Veröffentlichungen von Aktiengesellschaften während der letzten Monate im Reichsanzeiger gelesen hat, kann man sich ein Bild machen, wie groß das Kapitalbedürfnis der Aktienunternehmen und vor allem wie groß die Zahl der sanierungsbedürftigen Unternehmen ist. Diesen Unternehmen durch Kapitalbeschaffung ihre Fortexistenz, und zwar unter besonderer Schonung der Kleinaktionäre zu ermöglichen, erscheint mir ein weit dringenderes Bedürfnis, als die Abstellung der Gefahr, die vom Mißbrauch der Mehrstimmrechts- und Verwertungsaktien droht.

Selbst wenn man sich also auf den Standpunkt stellt, den ich, wie gesagt, nicht anzuerkennen vermag, daß gegenwärtig schon die Frage der Reform der Mehrstimmrechts- und der Verwertungsaktien spruchreif sei, dürfte die gesetzgerische Regelung des Komplexes derjenigen Fragen, die mit der Kapitalbeschaffung, insbesondere der Sanierung, zusammenhängen, wohl den Anspruch auf eine frühere Erledigung als jene Fragen besitzen. Im Interesse der Gesamtheit der Reform dürfte aber überhaupt die Vorwegnahme einer Teilreform zu unterbleiben haben. Denn nur so dürfte es möglich sein, daß das ganze jetzt geplante Reformwerk künftig den Vergleich mit der Aktiennovelle v. 1884 zu verstehen vermag. Diese Nov. stellt selbst im Rahmen der an hervorragenden Gesetzeswerken wahrlich nicht armen Vorkriegszeit eine bedeutende Leistung dar. Hoffen wir, daß man ein Gleiches von der Aktiennovelle der Nachkriegszeit wird sagen können.

JR. Dr. Fischer, Leipzig.

Dr. A. Brand und Meyer zum Gottesberge: Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis. 2. Aufl. Berlin 1927. Julius Springer. XV, 481 S. Preis 28,50 ℳ.

Das Buch hat ebenso wie die i. J. 1906 erschienene, von Brand allein bearbeitete, erste Auflage zum Gegenstand das Handels-, Genossenschafts-, Vereins-, Güterrechts-, Muster- und Schiffsregister. Hinzugekommen ist in der zweiten Auflage das Pfandrechtsregister für Schiffsbauwerke. Dagegen ist aus der zweiten Auflage fortgelassen das Börsenregister und das preuß. Register für Wassergenossenschaften. Letzteres hat seine Wirksamkeit verloren, nachdem durch § 399 Nr. 11 PrWasserG. v. 7. April 1913 u. 14. April 1914 das Gesetz betr. Bildung von Wassergenossenschaften v. 1. April 1879 aufgehoben und damit v. 1. Mai 1914 die freien Wassergenossenschaften als solche zu bestehen aufgehört haben. Das durch das Börsenges. v. 22. Juni 1896 eingeführte Börsenregister ist durch das Börsenges. v. 27. Mai 1908 beseitigt. Trotzdem ist — wie bei allen anderen Rechtsmaterien — der Umfang der Rechtsmaterie der Registersachen nicht zurückgegangen, sondern erheblich gewachsen. Seit 1906, insbes. in der Nachkriegszeit, hat der Rechtsstoff durch eine größere Zahl teils neuer, teils ergänzender Gesetze und VO. nicht unerhebliche Veränderungen und Ergänzungen erfahren. Auch die Rspr. auf dem fraglichen Gebiet, insbes. die das Handelsregister betreffende, hat seit 1906 in erheblichem Umfange zugenommen. Die zweite Auflage bringt die sich auf das fragliche Gebiet beziehenden Rechtsmaterien, in denen sich die Gesetzgebung nach 1906 betätigt hat, wieder auf den Stand des bis Ende März 1927 maßgebenden Rechts bis auf die meisten Vorschriften der VO. über Goldbilanzen (VOG.) mit ihren zahlreichen Durchführungsvorschriften, da sie nach Ansicht der Verf. ihre praktische Bedeutung verloren haben. Das kann man aber von der auf Grund des § 20 VOG. ergangenen VO. über die Eintragung der Nichtigkeit und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften wegen Unterlassung der Umstellung v. 21. Mai 1926 nicht sagen, da diese VO. noch jetzt die Gerichte beschäftigt. Sie hätte daher in dem Buche zur Darstellung gebracht werden müssen. Die Verf. haben die VO. zwar auf S. 297 bei der GmbH. kurz erwähnt. Bei der AktG. (S. 251), KommAktG. (S. 266), bei der eingetragenen Genossenschaft (S. 356) sowie im § 23 (Löschung unzulässiger Eintragungen) ist diese VO. überhaupt nicht erwähnt, obgleich sie sich auch auf diese Gesellschaftsformen bezieht[1]. Die Erwähnung der diese VO. behandelnden Aufsätze von Becker (Rundschau für GmbH. 1926, 441 ff.) und Th. Cohn (JW. 1926, 2881 ff.) wäre deshalb zweckmäßig gewesen. Die Rspr. der obersten Gerichte ist bis in die neueste Zeit im wesentlichen berücksichtigt. Vom Schrifttum haben, soweit die Kommentare zum HGB. in Frage kommen, hauptsächlich Staub, 12. Aufl., und Brand (1911) Berücksichtigung gefunden, während die übrigen bekannten, für das Registerrecht keineswegs unerheblichen Kommentare, wie Düringer-Hachenburg, Lehmann-Ring und Goldmann eine sehr stiefmütterliche Behandlung erfahren haben und Makower sowie Ritter gar nicht zitiert sind. Dasselbe gilt auch von den Kommentaren zum Ges. betr. die GmbH. Hier sind hauptsächlich die Kommentare von Staub-Hachenburg und Brodmann benutzt worden, während Crüger-Crecelius (6. Aufl. 1922), Liebmann (6. Aufl. 1921) — es ist nur die 5. i. J. 1906 erschienene Aufl. an einer Stelle (S. 270 Anm. 2) berücksichtigt worden; 1927 ist bereits die 7. Aufl. erschienen —, Merzbacher (8. Aufl. 1922) und Warneyer u. Koppe (1924) überhaupt nicht erwähnt und Neukamp-Becker nur an einer Stelle (S. 270 Anm. 2) zitiert sind. Die Folge davon ist, daß der Leser über die im Schrifttum herrschenden Ansichten unvollständig und eventuell einseitig orientiert wird. Bei dem Genossenschaftsregister ist die 9. Aufl. des Komm. von Parisius u. Crüger zum RGes. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften benutzt worden, obgleich i. J. 1926 bereits die 10. Aufl. erschienen war. Von dem sonstigen nicht erwähnten Schrifttum wäre es bei den Kapiteln über die Firma erwünscht gewesen, wenn die Verf. die Aufsätze von Brand und Bondi über „Mißstände im Firmenwesen" („Recht u. Handel" 1926, 531 ff., 613 ff.) herangezogen hätten, da darin „im Interesse der Reinhaltung unseres Wirtschaftslebens die Anwendung strengerer Grundsätze seitens der Registergerichte und der ihnen übergeordneten Instanzen" bei der Bildung von Firmenzusätzen gefordert wird, diese Forderung auch gerechtfertigt ist und sie auch in einem Buche wie dem vorl. zur Erreichung des gedachten Zweckes zur Sprache gebracht werden sollte.

Die Eigenart des Stoffes erfordert ferner, daß die Darstellung sich nicht auf die Sammlung und Erläuterung der an sich einfachen formellen, in den verschiedenen Gesetzen zerstreuten Vorschriften beschränkt, sondern auch das materielle Recht der betr. Materie im weiten Umfange zur Erörterung bringt, da dies häufig die Grundlage für den Antrag auf Eintragung in das Register und die Prüfung des Antrages durch den Registerrichter bildet. Das materielle Recht ist aber in einer Reihe von Abschnitten, die sich insbes. auf das Handels- und Genossenschaftsregister beziehen, recht kurz behandelt. Es sei z. B. auf die §§ 83 (Aufsichtsrat einer AktG.), 90 (Liquidation einer AktG.), 106 (Umwandlung einer AktG. in eine GmbH., 109—112 (die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit), § 126 (Verschmelzung einer Genossenschaft mit einer anderen von gleicher Haftform) verwiesen. Vielleicht wäre es deshalb beim § 83 angezeigt gewesen, auf den Aufsatz von Th. Cohn in JW. 1926, 481 über „Aufsichtsrat einer AktG. und Registerrichter" Bezug zu nehmen.

Die Folge der Nichtberücksichtigung des gedachten Schrifttums ist, daß eine Anzahl nicht unerheblicher Streitfragen nicht erwähnt ist, so z. B. die Streitfrage, ob der Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter zur Anmeldung der Liquidatoren einer OffHG. nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters verpflichtet ist. Die Frage ist im Schrifttum sehr bestritten. Die Verf. gehen auf diese Streitfrage nicht ein, erklären vielmehr als völlig unstrittig (S. 187), daß im gedachten Falle dem Konkursverwalter die Anmeldungspflicht obliegt. Das trifft nicht zu. Anmeldungspflichtig ist der Gesellschafter. Siehe Näheres Th. Cohn in LZ. 1927, 502.

[1] Auch die nach Erscheinen des Buches erlassene, sich auf § 20 VOG. stützende siebente VO. zur Durchf. über Goldbilanzen vom 7. Juli 1927 befaßt sich mit registerrichterlicher Tätigkeit.

Die Entsch. ist wichtig für die weitere Frage, gegen wen sich evtl. das Ordnungsstrafverfahren richtet. — Die Ergebnisse der bis in die neueste Zeit benutzten Rspr. werden häufig als festgestellte Grundsätze gebracht, ohne auf die Widerlegung abweichender Ansichten genauer einzugehen. So wird z. B. (S. 107) gesagt, daß der Einzelkaufmann in seiner Firma einen ihm zustehenden Vornamen in der von ihm gebrauchten Verkleinerungsform („Willy" statt „Wilhelm") aufnehmen darf. Das ist aber im Schrifttum sehr bestritten. Auch das KG. (KGJ. 23 A, 205; OLG. Rspr. 41, 190) hat dies für unzulässig erklärt. Die Ansicht der Verf. stützt sich auf die vom KG. unter Aufgabe seiner früheren Ansicht in JFG. 2, 176 vertretene Ansicht. Diese ist aber nicht so überzeugend wie die frühere. Sie kann auch auf Antrag des Verletzten im Prozeßwege wirkungslos gemacht werden. Siehe Näheres Th. Cohn in LZ. 1927, 499. Auch auf die Streitfrage, ob der Registerrichter berechtigt und verpflichtet ist, bei Anmeldung einer vom Vorstande einer AktG. erteilten Prokura den Nachweis der mangels abweichender Bestimmung des Gesellschaftsvertrages oder der Generalversammlung nach dem Gesetz erforderlichen Zustimmung des Aufsichtsrats zu fordern, gehen die Verf. nicht ein. Sie verneinen diese Frage, indem sie der neuesten Entsch. des KG. (JFG. 2, 218) folgen, während Brand in seinem Komm. (S. 38, 609, 610) sowie das KG. (KGJ. 22, A, 111 u. 41, A 132) sie bejahen. Die Frage ist auch im Schrifttum sehr bestritten. Die neueste Entsch. des KG., die im Gegensatz zu den Motiven zum Entwurf des Aktiengesetzes steht, erscheint auch nicht bedenkenfrei. Siehe Näheres hierüber Th. Cohn in JW. 1925, 268 zu 4. — S. 292 sagen die Verf., daß auch der Rechtspfleger die Richtigkeit der Gesellschafterliste bei der GmbH. darauf zu prüfen hat, ob sie inhaltlich den im § 40 GmbHG. gegebenen Bestimmungen entspricht. Diese Prüfung ist dem Rechtspfleger nach § 31 der EntlVerf. v. 28. Mai 1923 (JMBl. S. 401) ebensowenig übertragen worden wie die Prüfung der anderen im zit. § 31 genannten Urkunden. Sie würde auch zur Folge haben, daß der Rechtspfleger zur Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens befugt ist. Diese Befugnis hat er nicht. Der Rechtspfleger hat nur zur Einreichung der fraglichen Urkunden aufzufordern und dem Registerrichter entweder die bzw. Urkunden für den Fall ihrer Einreichung zur Prüfung oder die Akten für den Fall der Nichteinreichung zwecks eventueller Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens vorzulegen. — Unkorrekt ist die Angabe (S. 252 Nr. 3 Abs. 1 a. E.), daß gegen die gerichtliche Ernennung eines Liquidators einer AktG. die Beschwerde zulässig ist. Das kann zu Mißverständnissen führen, da darunter die einfache Beschwerde verstanden werden muß, nach § 295 Abs. 3 HGB., §§ 145 Abs. 1, 146 Abs. 2 FGG. aber nur die sofortige Beschwerde zulässig ist. — Nicht beizutreten ist der Ansicht (S. 327), daß die Beitrittserklärung zu einer eingetr. Genossenschaft bei Ehefrauen und Witwen nur mit ihrem Familiennamen, nicht auch mit ihrem Geburtsnamen zu unterzeichnen ist. Die Beifügung des letzteren ist notwendig, da die ordnungsmäßige Führung der Genossenliste erfordert, daß über die Person des Beitretenden kein Zweifel ist (vgl. Parisius u. Crüger, 10. Aufl. S. 158). — Unrichtig ist die bereits in der 1. Aufl. (S. 92) sich findende Bemerkung (S. 89), daß Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit auf Grund der Allg. Verf. v. 7. Nov. 1899 in das Handelsregister eingetragen werden. Die Eintragung erfolgt auf Grund der Allg. Verf. v. 20. Juni 1902 (JMBl. 133). — Die ursprüngliche Überschrift der Bek. betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldung zu diesem v. 1. Juli 1899 ist auf Grund des Art. II der VO. v. 22. Nov. 1923 (RGBl. Nr. 121) abgeändert in „VO. über das Genossenschaftsregister". Die Verf. bezeichnen sie noch (S. 311 ff.) als „Bekanntmachung". — S. 241 (erfolgte Erhöhung des Grundkapitals) ist bei der in der Anmeldung abzugebenden Erklärung das Ges. v. 24. Mai 1917 nicht berücksichtigt. — Die Sprache ist klar. Die Anlage der 2. Aufl. ist die gleiche wie die der 1. Aufl. Das Buch wird mit Rücksicht darauf, daß es das bis Ende März 1927 maßgebende Recht und im wesentlichen auch die bis in jene Zeit ergangene Rspr. der obersten Gerichte enthält, dem Praktiker recht nützliche Dienste leisten.

AGR. a. D. Theodor Cohn, Berlin.

Dr. **Wenzel Goldbaum**, Rechtsanwalt: **Urheber- und Urheberverlagsrecht.** 2. Auflage. Berlin 1927. Verlag G. Stilke. Preis geb. 12 ℳ.

Bei meiner Besprechung der ersten Auflage (in der Ztschr. „Der geistige Arbeiter" von 1922, 28 ff.) hatte ich vorausgesagt, daß das Werk „für alle, die beruflich mit den Fragen des Urheberrechts zu tun hätten — Schriftsteller, Verleger, Bühnenleiter, Vertreter der Filmindustrie, Anwälte, Richter und Studierende — bald zu einem unentbehrlichen Hilfsmittel und Lehrbuch werden würde". Diese Voraussage ist in vollem Umfange eingetroffen. Das Werk hat große Verbreitung gefunden und sich im einschlägigen Schrifttum einen angesehenen Platz erobert. Die neue Auflage zeigt alle Vorzüge der ersten, mit Fug und Recht konnte sie der Verf. aber noch als eine „verbesserte" bezeichnen.

In äußerlicher Hinsicht sind die kleinen Mängel (die „Schönheitsfehler"), die ich in meiner früheren Besprechung erwähnt hatte, sämtlich beseitigt. Am Kopf jeder Seite ist der behandelte Gegenstand genannt, im Text sind die einzelnen Gesetzesstellen durch verstärkten Druck hervorgehoben, umfangreicheren Erläuterungen ist eine Inhaltsangabe vorausgeschickt, und die Anmerkungen sind nach innerem Zusammenhang in Gruppen geordnet, die mit Buchstaben und Nummern gekennzeichnet sind. Dadurch hat das Werk ungemein an Übersichtlichkeit gewonnen. Das Sachregister am Schluß ist überdies so vervollständigt, daß es allen billigerweise zu stellenden Ansprüchen gerecht wird.

Sachlich hat Goldbaum sein Werk wesentlich bereichert durch die Verwertung alles dessen, was Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum inzwischen an Neuem für das in Betracht kommende Stoffgebiet geschaffen haben, wobei namentlich auch das „Funkrecht" in erweitertem Maße berücksichtigt worden ist. Raum hierfür ist dadurch gewonnen worden, daß von den Ausführungen der ersten Auflagen manches gekürzt und manches gestrichen worden ist, was sich als entbehrlich erwiesen hat. Die Darstellungsform ist vielfach noch knapper, klarer und bestimmter geworden als früher. Ich erwähne beispielsweise, daß Goldbaum die Umwandlung des „drehreifen Manuskripts" zum Film (zum Filmband) jetzt (S. 88, 89) scharf dahin präzisiert: Das Buch wird zunächst vom Regisseur „bearbeitet", und diese Bearbeitung wird sodann vom Operateur durch Herstellung des Negativs (von dem der Fabrikant die Positivkopien anfertigen lassen muß) „vervielfältigt". In der streitigen Frage, wem das Urheberrecht am fertigen Film gebühre, ist Goldbaum jetzt mit seiner Auffassung allgemein (auch beim RG.) durchgedrungen, wonach der Unternehmer, der den Film herstellen läßt, dieses Urheberrecht erwirbt. Den „Verfilmungszwang" dagegen, den auch das KG. angenommen hatte, hat das RG., abweichend von Goldbaum, verneint (RG. 107, 62); mit Gründen freilich, die nicht überzeugen können, zumal dabei (vgl. Goldbaum 91) Analogien abgeleitet werden aus Theaterverhältnissen, die in Wirklichkeit gar nicht bestehen. Aber trotz der bedenklichen Wirkung jenes Urteils, auf die Goldbaum mit Recht hinweist, wird die Schriftstellerwelt, wenn sie nicht durch Zusammenschluß wirtschaftlich erstarkt, sich mit der geschaffenen Lage, die sich der Willkür der Filmunternehmer preisgibt, wohl oder übel abfinden müssen.

Zusammenfassend gesagt, ist das Werk Goldbaums eine Fundgrube des Wissens für alle, die für Rechtsfragen auf dem Gebiet der Schriftstellerei, der Bühnenaufführungen, des Verlagswesens, des Films und des Radios Interesse haben, und sicher wird der Kreis derer, die das Werk in verdienter Weise schätzen und es erwerben werden, sich gegenüber der neuen Auflage noch stattlich erweitern.

SenPräs. i. R. Geh. ObJR. Queck, Berlin.

Kleinere Aufsätze.

Zum Recht des Handelsregisters.

a) Die Bilanz der AktG. und der Registerrichter.

Die Bilanz ist die Probe für die Richtigkeit der Buchführung. Ihr Zweck ist, die Vermögenslage des Geschäftsinhabers festzustellen. Ihre Grundlage bildet das Inventar. Ohne Aufstellung eines vollständigen Inventars ist eine zuverlässige Bilanz nicht möglich. Zum Schutze der Gläubiger des Geschäftsinhabers und im eigenen Interesse des letzteren müssen deshalb zwecks Erlangung einer Übersicht über die Vermögenslage des Geschäftsinhabers sowohl beim Beginn des Geschäfts als auch während der Dauer des Betriebes für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres unter Berücksichtigung des aufgestellten Inventars von jedem Vollkaufmann Bilanzen gezogen werden. Hierbei sind die gesetzlichen Vorschriften für die Einzelkaufleute, OffHG. und KommGesellsch. mildere als bei den übrigen Handelsgesellsch. Um die Bilanzen der ersteren hat sich nämlich der Registerrichter nicht zu kümmern, wohl aber um die der letzteren. Der die Überschrift tragende Aufs. (ZHR. 90, 242—261) erörtert das Verhalten des Registerrichters zur Eröffnungs-, Jahres- und Liquidationsbilanz der AktG. Dabei wird näher eingegangen auf den im öffentlichen Interesse erlassenen § 265 HGB., insbes. auf die der Ausführung dieser gesetzlichen Vorschrift vorhergehende Bilanzprüfung, das diese Prüfung vorbereitende Verfahren sowie die Überwachung der Erfüllung dieser Vorschriften durch den Registerrichter (§§ 260 ff. HGB.). Daran schließt sich die Behandlung der Fragen, in welchem Umfange die Veröffentlichung der vom Vorstande aufgestellten und von der Generalversammlung genehmigten Bilanz zu erfolgen hat; unter welcher Voraussetzung evtl. im Ordnungsstrafverfahren eingeschritten werden kann, wenn die Bek. der Bilanz zum Handelsregister nicht rechtzeitig eingereicht ist; wie es sich verhält, wenn die Generalversammlung die Bilanz nicht genehmigt und wie weit das Prüfungsrecht des Registerrichters hinsichtlich der eingereichten Bek. der Bilanz geht. Hierbei sei zu S. 251 des gedachten Aufsatzes bemerkt, daß

nach dessen Drucklegung die §§ 6 u. 7 der VO. über die Einschränkung öffentlicher Bek. v. 14. Febr. 1924 durch die VO. v. 28. März 1927 (RGBl. I, 89) aufgehoben sind, somit eine Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung nicht mehr stattfindet.

b) Die Zweigniederlassung und ihr Eintragungszwang in das Handelsregister.

Das Gesetz enthält keine Bestimmung des Begriffs der Zweigniederlassung. Es hat die diesbez. Bestimmung der Praxis überlassen. Die in der Rechtsprechung maßgebende Begriffsbestimmung enthält der in der Monatsschrift „Recht und Handel" (1927, 363) enthaltene, die Überschrift tragende Aufsatz. Aus jener Begriffsbestimmung werden in jenem Aufsatz allgemeine Folgerungen gezogen, die dartun, welche Einrichtungen wegen fehlender Voraussetzungen nicht Zweigniederlassungen sein können. Es folgen sodann Beispiele hierfür. Demnächst wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen eine Zweigniederlassung i. S. der in der Rechtsprechung aufgestellten Begriffsmerkmale dem Eintragungszwang in das Handelsregister unterliegt. Soweit es sich um Einzelkaufleute, OffH. und KGes. handelt, ist, abgesehen von der Existenz einer Hauptniederlassung, Voraussetzung hierfür Vollkaufmannsqualität und Existenz einer Zweigniederlassung außerhalb des Registergerichtsbezirks der Hauptniederlassung. Bei AktG., AKGes. und GmbH. ist Vollkaufmannsqualität nicht erforderlich (§§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3, 6 Abs. 1 HGB.; § 13 Abs. 2 GmbHG.). Hier gilt ferner als Zweigniederlassung jede selbständige Handelsniederlassung außerhalb des satzungsmäßigen Sitzes, selbst wenn diese Gesellschaften an ihrem Sitze eine Handelsniederlassung nicht haben. Dies gilt, wenn die Hauptniederlassung bzw. der Sitz der Gesellschaft sich im Inlande befindet. Es folgen sodann Erörterungen über den Eintragungszwang inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Hauptniederlassungen[1]).

AGR. a. D. Theodor Cohn, Berlin.

[1]) Über die Prüfungsbefugnis des Registerrichters der Zweigniederlassung unter besonderer Berücksichtigung der Rspr. des KG. siehe den Aufsatz des Verfassers in DNotV. 1925, 234 ff.

Die Siegelung im Weinverkehr.

I.

Lüttger, Trier, vertritt JW. 1926, 1404 die Auffassung, daß durch die Siegelung der Käufer nicht Besitzer des in dem versiegelten Faß liegenden Weines wird; nach seiner Ansicht erschöpft sich die Bedeutung der Siegelung in der Kundbarmachung des Kaufes und in der Abwehr unzulässiger Eingriffe des Verkäufers oder dritter Personen. Gerade aus der letzterwähnten Wirkung, von Lüttger „Kontrollfunktion" genannt, ergibt sich aber folgerichtig der Besitzübergang. Die Siegelung nimmt dem Verkäufer jede tatsächliche Möglichkeit der Einwirkung auf Faß und Wein. Die tatsächliche Gewalt des Verkäufers wird durch die Siegelung seitens des Käufers beendet und durch das dingliche Herrschaftsverhältnis des Käufers ersetzt (§ 854 BGB.). Auch das weitere Merkmal des Besitzes, nämlich die Erkennbarkeit, ist im Falle der Siegelung offensichtlich gegeben. Die Siegelung ist deshalb nicht lediglich eine symbolische, sondern eine wirkliche und dauerhafte Besitzergreifung. Auch Staub, § 366 Anm. 12, erblickt in der Versiegelung der Ware durch den Käufer die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt nach §§ 929 I, 854 BGB. Diese Auffassung widerspricht keineswegs den Interessen des Verkäufers. Das Bedenken von Lüttger, der noch nicht bezahlte Verkäufer würde das Nachsehen haben, wenn der Käufer durch die Siegelung Besitzer werde und seinen Herausgabeanspruch gegen den Verkäufer einem gutgläubigen Dritten übertrage, kann deshalb nicht standhalten, weil in einem solchen Falle der Dritte vor der Abtretung die Pflicht der Erkundigung hat; derjenige, der eine Ware erwirbt, welche bei einem Dritten lagert, ist nicht im guten Glauben, wenn er sich bei dem Dritten nicht erkundigt (§ 934 BGB.). Dagegen hat der Veräußerer ein besonderes Interesse an dem Besitzübergang, weil damit auch der Übergang der Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des versiegelten Weines sich vollzieht. Richtig ist, daß auch nach der Siegelung dem Verkäufer üblicherweise die weitere Pflege obliegt. Diese Verkehrssitte steht aber der Annahme des Besitzüberganges nicht im Wege, und zwar deshalb nicht, weil zum Zwecke der Pflege (Auffüllen, Abstechen usw.) der Käufer das Siegel vorübergehend entfernen, den Wein also nur von Fall zu Fall für den Verkäufer freigeben muß. Außerdem ist es nicht richtig, daß die weitere Pflege des Weines aus den eigenen Mitteln des Verkäufers zu erfolgen habe; vielmehr hat nach allgemeiner Verkehrssitte der Verkäufer für Pflege und für Schwund vom Käufer Ersatz zu beanspruchen, und es sind hierfür bestimmte prozentuale Zuschläge, abgestuft nach der Zeit der Lagerung, in Übung. Gegen die Annahme des Besitzüberganges führt Lüttger weiter das alte Rechtssprichwort des Weingebietes: „Kellertür ist Bürge" ins Feld; der Wein bleibe zur Sicherung des Verkäufers in dessen Keller, und der Käufer habe erst nach Zahlung des Kaufpreises das Recht, den Wein aus dem Keller des Verkäufers herauszuholen. In Wirklichkeit aber steht die Übertragung des Besitzes mit dem erwähnten Rechtssprichwort und den darin zum Ausdruck kommenden Interessen des Verkäufers nicht in Widerspruch; denn auch nach Übergang des Besitzes auf den Käufer steht dem Verkäufer das Zurückbehaltungsrecht der §§ 273 BGB., 369 HGB. zur Seite. Zusammenfassend ist also in Übereinstimmung mit den beiden von Lüttger zitierten Entsch. der OLG. Köln und Darmstadt, der höchsten Gerichtshöfe des rheinischen und des rheinhessischen Weinbaugebietes, die Frage der Besitzübertragung durch Siegelung zu bejahen, m. E. ohne daß es der Konstruktion eines Besitzkonstitutes bedarf.

II.

Anders verhält es sich mit der Frage, ob durch die Siegelung Eigentum am Weine begründet wird. Nach dem Fundamentalsatze der Lehre vom Eigentum (§ 929 BGB.) erfordert die Übertragung des Eigentums außer der Übergabe der Sache die Einigung des Eigentümers und des Erwerbers, daß das Eigentum übergehen soll. Solange der Kaufpreis nicht bezahlt ist, widerstrebt das Interesse des Verkäufers der Entstehung des Eigentums; denn das Eigentum an der Sache ist das wichtigste und das natürlichste Sicherungsmittel für die noch nicht oder nicht vollständig bezahlte Forderung des Verkäufers. Sobald aber die Zahlung des Kaufpreises erfolgt ist, gehen Interesse und Wille der beiden Vertragsteile in einer Richtung, und der Annahme der Willensübereinstimmung der Parteien im Punkte des Eigentumsüberganges steht nichts mehr im Wege. Immerhin herrscht auch auf diesem Teile unseres Rechtsgebietes große Rechtsunsicherheit.

III.

Im Gegensatz zu der dinglichen Seite besteht hinsichtlich der schuldrechtlichen Wirkungen der Siegelung volle Übereinstimmung. Mit dieser schuldrechtlichen Seite hat sich das LG. Trier im Urt. v. 21. Jan. 1927 (I Q 126/25: DWeinZ. 1927 Nr. 49) beschäftigt. Ein Weinhändler hat im Nov. 1925 von einem Weinkommissionär und Winzer ein Fuder 1923er Moselwein zum Preise von 720 RM gekauft, 630 RM anbezahlt und den Wein im Keller des Verkäufers liegen lassen. Der Käufer hatte unmittelbar nach dem Kaufe das Fuderfaß unter sein Siegel gelegt. Nachträglich wurde der Wein für einen Gläubiger des Verkäufers durch einen Gerichtsvollzieher gepfändet. Der Gerichtsvollzieher entfernte das Siegel des Käufers und legte sein Dienstsiegel an. In der Folge gab der Gerichtsvollzieher diesen Wein frei. Darauf entfernte der Verkäufer das Dienstsiegel, und es lag nunmehr der Wein unversiegelt im Keller. Der Käufer ist vom Vertrage zurückgetreten; er hat aufgestellt, der Wein sei beim Kaufe gut und einwandfrei gewesen, während eine neuerdings erfolgte Probe die Veränderung des Weines ergeben habe. Das LG. Trier hat die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises zugesprochen. Die Siegelung des Weines durch den Kl. bedeutete hier nicht Eigentumsübergang; sie hat nur die Sicherung des Weines vor unbefugten Eingriffen Dritter, auch des Verkäufers, bezweckt. Der Vertrag ist also noch nicht erfüllt. Die Siegelung von Wein, der im Besitz des Käufers bleibt, durch den Käufer stellt die einzige zuverlässige Maßnahme dafür dar, daß an dem Wein Veränderungen nicht mehr vorgenommen werden können. Dies wußte auch der Bekl. als Winzer ganz genau. Er mußte daher, bevor er das Siegel des Gerichtsvollziehers entfernte, den Kl. hinzuziehen, damit dieser erneut sein Siegel anlegen konnte. Dadurch, daß er dies unterlassen hat, hat er dem Käufer die Gewähr für die unveränderte Beschaffenheit des Weines genommen und damit den Vertragszweck in einer Weise gefährdet, daß dem Kl. nach Treu und Glauben die Erfüllung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Diese positive Vertragsverletzung berechtigt den Käufer ohne weiteres, vom Vertrage zurückzutreten. Zum mindesten aber hat die Handlungsweise des Bekl. zur Folge, daß es nunmehr nicht mehr Sache des Kl. ist, den Nachweis zu liefern, daß Veränderungen an dem Wein vorgenommen worden sind. Vielmehr muß der Bekl. beweisen, daß der Wein noch derselbe ist, wie der verkaufte. Diesen Beweis hat aber der Bekl. nicht erbracht.

Dieses Urteil und seine Begründung verdient volle Zustimmung. Es entspricht den Anforderungen von Treu und Glauben und der im Weinverkehr herrschenden Sitte, welche in der Natur und der leichten Veränderbarkeit des Produktes Wein sowie darin begründet ist, daß der Verkehr mit Wein einem strengen Sonderstrafgesetz untersteht. Die scharfe Betonung der schuldrechtlichen Wirkungen der Siegelung ist eine um so größere Notwendigkeit, als über die dinglichen Wirkungen Streit besteht und als das Strafrecht dem Privatsiegel den Schutz versagt. § 136 StGB. schützt bekanntermaßen nur das amtliche Siegel.

JR. Dr. Schulz, Frankenthal (Pfalz).

Ausland.

Keine Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitutes in Österreich.

Die Rspr. des österr. Obersten Gerichtshofes versagt — im vollen Gegensatz zur deutschen Praxis — der Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstituts die Anerkennung. Die herrsch. Meinung der österr. Rechtswissenschaft teilt diese Auffassung. Der Grund für diese Stellungnahme ist ebenso einfach wie einleuchtend. Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstituts sei Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek. Was man in Deutschland immer wieder vergeblich betont hat (vgl. meine Nachweise JW. 1927, 627 Anm. 2 und S. 717 Anm.), das wird in Österreich von Theorie und Praxis anerkannt.

Es handelt sich dabei — wie ausdrücklich hervorgehoben werden muß — nicht etwa um die Sicherungsübereignung von Vermögenskomplexen mit wechselndem Bestande mittels des besonders bedenklichen antizipierten Besitzkonstituts. Der zuletzt vom OGH. in Wien unter dem 16. März 1927 entschiedene Fall betrifft vielmehr die Sicherungsübereignung von Maschinen. Ein wechselnder Bestand der Sicherungsobjekte kommt dabei nicht in Frage. Der hier interessierende Teil der Begründung lautet (Zentralbl. f. d. jur. Praxis 1927, 367):

„Der OGH. ist zwar nicht der Ansicht der 2. Instanz, daß der Sicherungszweck keinen tauglichen Rechtsgrund der Eigentumsübertragung bilden kann; er hält aber an der Überzeugung fest, daß in Fällen der Sicherungsübereignung nur solche Formen der Übergabe als zulässig anerkannt werden können, die das bürgerl. Recht bei der Bestellung eines Handpfandes vorschreibt, weil andernfalls die Sicherungsübereignung zur Umgehung der Vorschriften über die Pfandbestellung mißbraucht werden könnte. Dieser Auffassung entspr. ist die Eigentumsübertragung zur Sicherung nur mittels körperlicher oder mittels Übergabe durch Zeichen möglich, nicht aber mittels Übergabe durch Erklärung."

Prof. Dr. Hoeniger, Freiburg i. Br.

Rechtsprechung.

A. Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und Justizrat Dr. Schrömbgens.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

**1. §§ 133, 157 BGB. Konkurrenzverbot ohne ausdrückliche Ausbedingung aus der Natur des Geschäftsverkaufs.]†)

Der Kl. betrieb ein Geschäft mit Krankenstühlen. Durch Vertrag v. 24. Jan./26. März 1923 verkaufte er dieses Geschäft an die Bekl. Nach § 1 des Vertrages soll der Bestand an Maschinen, Werkzeugen, Einrichtungen, Materialien, fertigen und halbfertigen Fabrikaten zum Tagespreis übernommen werden. Nach § 2 sollen Kl. und L. für die Übertragung der Patente und ähnlicher Rechte, sowie für die sämtlichen ideellen Werte der Firma, wie Geschäftsverbindungen, Absatzmöglichkeiten, vorhandene oder eingeleitete Aufträge, auf die Dauer von 10 Jahren je zur Hälfte am Verkaufswert der nach Übernahme des Geschäfts hergestellten und verkauften Krankenstühle, und zwar im ersten Jahr mit $7\frac{1}{2}$ %, in den folgenden Jahren mit 5 % beteiligt sein. In § 3 ist vereinbart, daß der Kl. von der neu zu gründenden Firma für eine leitende Stellung zu noch näher zu vereinbarenden Bedingungen übernommen werden solle. Der Kl. ist bei der Bekl. als kaufmännischer Leiter angestellt worden, dann aber ausgeschieden. Er behauptet, seit dem 1. Jan. 1924 habe ihm die Bekl. nur mangelhafte Abrechnungen über die getätigten Verkäufe erteilt und ihm seit 1. Mai 1924 die Beträge nicht mehr ausgezahlt, zu deren Zahlung sie sich nach § 2 des Vertrages verpflichtet habe. Er klagt auf Zahlung und Rechnungslegung. Die Bekl. hat geltend gemacht, daß der Kl. insolange keinen Anspruch auf Rechnungslegung und Gewinnbeteiligung erheben könne, sondern schadensersatzpflichtig sei, als er dem § 2 des Vertrages zuwider der Bekl. Konkurrenz mache. Diesen Einwand hat das BG. mit der Begründung zurückgewiesen, daß in dem Vertrage v. 24. Jan./26. März 1923 ein Wettbewerbsverbot gegenüber dem Kl. weder ausdrücklich ausgesprochen, noch stillschweigend enthalten sei. Die Bekl. habe ohne weiteres damit rechnen müssen, daß der Kl. sich nach seinem Ausscheiden aus dem von ihm verkauften Geschäft auf dem Gebiet betätigen werde, auf dem das bisher der Fall gewesen sei. Ein gegenteiliger Parteiwille sei nicht zum Ausdruck gebracht worden. Den Pflichten aus § 2 des Vertrags habe der Kl. genügt, insbes. dadurch, daß er die Bekl. bei den Versorgungsämtern als Lieferantin eingeführt und ihr damit die Möglichkeit übertragen habe, Krankenwagen an diese Behörden abzusetzen. Diese Ausführungen werden der Sachlage nicht gerecht und verstoßen gegen § 157 BGB. Der Vertrag v. 24. Jan./26. März 1923 enthält neben dem Geschäftsverkauf die Vereinbarung der Parteien, daß der Kl. von der neu zu gründenden Firma für eine leitende Stellung unter noch zu vereinbarenden Bedingungen übernommen werde. Diese Anstellung ist durch schriftlichen Anstellungsvertrag v. 14. April 1923 erfolgt. Ein Wettbewerbsverbot ist darin für die Zeit nach dem Ausscheiden des Kl. nicht vereinbart worden. Die Bekl. stützt sich auch nicht auf ein zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen vereinbartes, nach §§ 74 ff. HGB. zu beurteilendes Wettbewerbsverbot, sondern sie sieht den Wettbewerb des Kl. als eine gegen § 2 des Kaufvertrags verstoßende Vertragsverletzung an, weil der Kl. durch seine Konkurrenztätigkeit der Verpflichtung, der Bekl. alle ideellen Werte der Firma zu übertragen, zuwiderhandle. Das BG. geht bei der Beurteilung dieses Einwandes, mittels dessen die Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht und eine Schadensersatzforderung geltend gemacht hat, zwar zutreffend davon aus, daß ein Wettbewerbsverbot gegenüber dem Verkäufer als Bestandteil eines Geschäftsverkaufs auch stillschweigend vereinbart werden könne. Gleichwohl befassen sich seine Darlegungen und diejenigen des LG., auf die von ihm Bezug genommen worden ist, zum großen Teile doch nur damit, daß es an einer ausdrücklichen Vereinbarung eines solchen Verbots fehle. Daß es tatsächlich daran fehlt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dagegen ist die Auslegung, die das BG. dem § 2 des Vertrags gegeben hat, zu beanstanden, weil sie zu sehr an dem buchstäblichen Sinne dieser Vertragsbedingung haftet

---

Zu 1. Aus naheliegenden Gründen wird bei der Veräußerung eines Handelsgeschäftes sehr häufig dem Verkäufer ein Konkurrenzverbot auferlegt. Solche Konkurrenzklausel kann ausdrücklich vereinbart werden. Sie kann sich aber auch ohne besondere Erwähnung als stillschweigender Parteiwille aus dem Vertragsinhalt ergeben. In diesem Punkte stimmen BG. und RevG. miteinander überein. Meinungsverschiedenheit besteht hingegen darüber, ob im *vorliegenden Falle* dem Kaufvertrag ein stillschweigendes Versprechen des Verkäufers, sich konkurrierender Tätigkeit zu enthalten, entnommen werden dürfe. Das KG. verneint die Frage. Das RG. bejaht sie mit der Begründung, daß derjenige, der für die Übertragung eines Geschäftes mit Kundschaft seinem Vertragsgegner als Gegenleistung eine Gewinnbeteiligung auf die Dauer von zehn Jahren einräume, als Kaufmann damit rechne, während dieser Zeit aus der Kundschaft denjenigen Nutzen zu ziehen, den der Verkäufer, falls er sein Geschäft behalten, mutmaßlich selbst gezogen hätte; und daß, wenn der Verkäufer durch Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes die Kundschaft an sich ziehen und trotzdem seinen Anteil am Gewinn des verkauften Geschäftes beanspruchen dürfte, damit an den Käufer die unmögliche Zumutung gestellt würde, einen Konkurrenten fortlaufend finanziell zu unterstützen. Diese Sätze verdienen nicht nur vorbehaltlose Zustimmung, sondern sind vor allem wertvoll als erneuter Beleg für

und die Tragweite, die ihr nach Treu und Glauben beizumessen ist, verkennt. Nach § 2 des Kaufvertrags hatte der Kl. der Bekl. alle ideellen Werte der Firma, insbes. Patente und ähnliche Rechte, Geschäftsverbindungen und Absatzmöglichkeiten, zu übertragen und der ausgesprochene Gegenwert für diese vertraglichen Leistungen des Kl. — die gesondert von den Sachwerten abgegolten wurden — sollte darin bestehen, daß der Kl. und L. zehn Jahre lang an dem Verkaufswert aller während dieser Zeit abgesetzten Krankenwagen mit einem bestimmten Prozentsatz anteilsberechtigt sein sollten. Wie die Bekl. vor dem BG. vorgetragen hat, waren und sind die Versorgungsämter die Hauptabnehmer des Geschäfts, und bei ihnen insbes. macht der Kl. seit Mai 1924 durch Herstellung und Lieferung eines gleichen Wagentypus der Bekl. eine fühlbare Konkurrenz. Ist diese Darstellung richtig, so hat der Kl. seine Vertragspflicht, die Absatzmöglichkeiten auf die Bekl. zu übertragen, insoweit erfüllt, als er die Bekl. bei den Versorgungsämtern als Lieferantin eingeführt hat. Ob er aber neben dieser einmaligen, positiven Tätigkeit nicht auch nach seinem Ausscheiden, und zwar gleichviel, ob ihm als Handlungsgehilfe ein Wettbewerbsverbot auferlegt wurde oder nicht die Verpflichtung hatte, insolange er gewinnbeteiligt sein und bleiben wollte, jede Wettbewerbstätigkeit gegenüber der Bekl. zu unterlassen, das ist die Frage, die das BG. mit unzureichender Begründung verneint hat. Wer für die Übertragung eines Geschäfts mit Kundschaft — auch diese ist hier unzweideutig übertragen — seinem Vertragsgegner als Gegenleistung eine Gewinnbeteiligung auf die Dauer von zehn Jahren verspricht, rechnet als Kaufmann damit, daß er während der Zeit, in der sein Vertragsgegner sich mit ihm in das Geschäftsergebnis teilen soll, aus der Kundschaft denjenigen Nutzen ziehen kann, den mutmaßlich der Verkäufer gezogen hätte, wenn er sein Geschäft behalten hätte. Und sein Vertragsgegner kann verständigerweise nicht erwarten, daß ihm der Abkäufer freistellen will, die Kundschaft, durch deren Überlassung doch der zu verteilende Gewinn hereingebracht werden sollte, durch Eröffnung eines Konkurrenzgeschäfts wieder an sich zu ziehen und gleichwohl seinen Anteil am Gewinn des verkauften Geschäfts zu beanspruchen. Die gegenteilige Auffassung des Kl., der das BG. Rechnung getragen hat, würde auf die Zumutung an die Bekl. hinauslaufen, daß sie einen Konkurrenten fortlaufend finanziell unterstützen und ihn dadurch instand setzen solle, sie im Geschäftsverkehr zu unterbieten und womöglich völlig lahm zu legen. Ein solches Ergebnis aber widerspräche den mutmaßlichen Absichten vernünftig und redlich handelnder Kaufleute, und es kann daher nach Treu und Glauben dem § 2 des Vertrags — vorbehaltlich besonderer, von dem BG. seither nicht dargelegter Umstände — nur die Deutung gegeben werden, daß der auf die Dauer von zehn Jahren normierten Gewinnbeteiligung des Kl. die auf die gleiche Zeit zu bemessende, von seinem Verbleiben in der Firma nicht abhängige, Vertragspflicht des Kl. entspricht, der Bekl. die übertragenen ideellen Werte, insbesondere die Kundschaft, nicht durch eigene Wettbewerbstätigkeit zu entziehen oder zu schmälern, weil dadurch der Vertragszweck, daß der Bekl. der Nutzen des Geschäfts in dem bisher von dem Kl. betriebenen Umfange zugewendet werde, vereitelt werden würde.

(U. v. 31. Mai 1927; 571/26 II. — Berlin.) [Ku.]

2. § 196 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BGB. **Schleppverträge sind keine Frachtverträge und unterliegen nicht der für diese bestimmten Verjährung.**]†)

Die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 3 BGB. kommt nicht in Frage. Der angezogenen Vorschrift unterfallen die Ansprüche der Eisenbahnunternehmungen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Lohnkutscher und Boten wegen des Fahrgeldes, der Fracht, des Fuhr- und Botenlohns. Dazu gehören nicht die Ansprüche der Schleppschiffahrtsunternehmer auf Zahlung des vereinbarten Schlepplohnes. Namentlich ist der Schleppvertrag kein Frachtvertrag. Bei dem Schleppvertrag wird das zu schleppende Schiff regelmäßig — und etwas Abweichendes ist vorliegend nicht behauptet worden — dem Schleppschiffer nicht übergeben. Es bleibt im Besitz desjenigen, der den Schleppauftrag erteilt, und die Aufgabe des Schleppschiffers besteht nur darin, mit der von ihm gestellten Kraft das schwimmende Schiff an einen bestimmten Ort zu bringen. Für diesen Erfolg haftet der Schiffer, und die von ihm geschlossenen Verträge sind deshalb wohl Werk-, aber, da es an einer zur Beförderung übergebenen Sache fehlt, nicht Frachtverträge (vgl. ObTrib. bei Striethorst Archiv 57, 121; Gruch. 14, 862; ROHG. 23, 320). Das RG. ist dem RG. 6, 100 nicht entgegengetreten. Die von der Kl. gegen die Bekl. erhobenen Ansprüche auf Zahlung von Schlepplohn fallen aber unter den § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB., denn es sind die Ansprüche eines Kaufmanns für die durch Werkvertrag übernommene Ausführung von Arbeiten, und, da die Leistungen für den Gewerbebetrieb des Schuldners bewirkt worden sind, verjähren sie nach § 196 Abs. 2 BGB. in vier Jahren. Diese Frist ist unstreitig nicht abgelaufen. Die Entsch. RG. 86, 422[1]), auf welche sich die Bekl. berufen hat, greift nicht ein. Sie sagt nur, daß auch die unter Großkaufleuten und für den Gewerbebetrieb des anderen geschlossenen Seefrachtverträge unter die Nr. 3 des § 196 BGB. fallen. Die Ansprüche der Kl. auf Zahlung der Rabatte gehören unzweifelhaft nicht zu den unter § 196 Abs. 1 Nr. 2—17 BGB. aufgeführten Ansprüchen. Ob sie nach § 195 BGB. in 30 Jahren verjähren oder ob auf sie § 196 Abs. 1 Nr. 1 a. a. O. zutrifft, braucht nicht entschieden zu werden, denn jedenfalls würde, da der Gewerbebetrieb der Bekl. beteiligt ist, auch hier nach Abs. 2 a. a. O. die — unstreitig nicht abgelaufene — Verjährungsfrist von 4 Jahren maßgebend sein.

(U. v. 12. Juli 1927; 138/27 VI. — Düsseldorf.)

2a. § 242 BGB. **Daß die Lotterieeinnehmer ihren Kunden Ersatzlose für die nächste Ziehung unaufgefordert zuzusenden pflegen, hat keine Verkehrssitte entstehen lassen, aus der der Kunde ein Recht auf rechtzeitige Zusendung von Ersatzlosen herleiten kann.**]†)

Der Kl. ist Einnehmer der preuß.-südd. Klassenlotterie. Auf das zu seiner Kollektion gehörige Los 261 619 fiel, nach-

---

die noch keineswegs allseitig anerkannte Wahrheit, daß die Auslegung von Verträgen keine irrevisible Tatfrage, sondern eine der Nachprüfung des RG. unterliegende Rechtsfrage ist. Wo immer ein Gericht aus dem von ihm festgestellten Wortlaut des Vertrages falsche Schlüsse auf dessen Inhalt zieht, liegt eine unrichtige Gesetzesanwendung, nämlich ein Verstoß gegen die §§ 133, 157 BGB., vor, auf den der von der „Verletzung eines Reichsgesetzes" handelnde § 549 ZPO. Anwendung findet.

Prof. Dr. Titze, Berlin.

Zu 2. Die Entsch. ist zutreffend. Das RG. hat im vorl. Falle den Schleppvertrag nicht als einen Frachtvertrag angesehen, weil nicht behauptet worden ist, daß das Anhangsschiff den Schleppschiffern übergeben worden sei. Tatsächlich ist dies der springende Punkt. Ein Schleppvertrag kann Mietvertrag, Werkvertrag oder Frachtvertrag sein. Der Frachtvertrag ist jedoch zweifellos die Ausnahme. Er liegt nur dann vor, wenn es sich um das Schleppen nautisch unselbständiger Schiffskörper handelt. Die Unselbständigkeit kann auf technischen Gründen beruhen, wie auch darauf, daß das zu schleppende Schiff keine Besatzung hat. Es fallen unter den Frachtvertrag z. B. Verträge über das Schleppen von Wracks, zum Abbruch bestimmten manövrierunfähigen Schiffen, steuerlosen Hulks usw. Aber auch das Schleppen längsseit befestigter Fahrzeuge kann unter Umständen als ein Transport aufgefaßt werden, bei welchem der Gewahrsam dem Schlepperführer übertragen wird. Es ist hiernach Tatfrage, wann eine Übergabe des Anhangsfahrzeugs an den Schlepperführer vorliegt (vgl. dazu Schaps, 2. Aufl., Vorbem. zu § 556 Anm. 32 und Anh. zu § 735 Anm. 8). Die vom RG. hier nicht berührte Frage, wann ein Dienstvertrag und wann ein Werkvertrag zwischen Schlepper und geschlepptem Schiff vorliegt, ist nicht auf die Besitz- oder Gewahrsamsfrage abzustellen, sondern auf die allgemeinen Unterscheidungsmerkmale zwischen diesen beiden Vertragstypen. Ein Dienstvertrag liegt vor allem dann vor, wenn Schlepper zur Assistenz und zum Bugsieren im engen Revier angenommen werden, wobei sie keinen bestimmten Erfolg herbeiführen, sondern eine ständige Unterstützung der Navigation des Seeschiffs darzustellen haben (vgl. Schaps, Anh. zu § 735 Anm. 5 u. 6).

RA. Dr. Sebba, Königsberg.

[1]) JW. 1915, 1000.

Zu 2a. Der Entsch. ist im Ergebnis unbedingt zuzustimmen, da von einer verpflichtenden Verkehrssitte keine Rede sein kann. Zu-

dem es in der 1. Klasse nicht gezogen worden war, in der 2. Klasse ein Gewinn von 100 000 RM. Der Bekl. hatte das mit dem Buchstaben D bezeichnete Viertel dieser Losnummer in der 1. Klasse gespielt, sich aber wegen der Erneuerung zur 2. Klasse weder innerhalb der planmäßigen Frist noch überhaupt vor der am 15. und 16. Mai 1925 abgehaltenen Ziehung, sondern erst mit der Postkarte v. 18. Mai 1925 an den Kl. gewandt. Infolgedessen glaubt dieser, der das betr. Viertel nicht der Lotteriedirektion vor der 2. Ziehung als unverkauft gemeldet, vielmehr den Erneuerungsbetrag innerhalb der für die Einnehmer vorgeschriebenen Frist aus eigenen Mitteln abgeführt hatte, den darauf entfallenden Rein-Anteil von 20 000 RM für sich beanspruchen zu können. Da auch der Bekl. Anspruch auf diesen Betrag gegenüber der Direktion erhob, veranlaßte diese die Hinterlegung. Der Klage des Einnehmers auf Einwilligung in die Auszahlung ist von allen Instanzen stattgegeben worden. Das Los enthielt den Aufdruck: „Für das Vertragsverhältnis mit dem Spieler ist der Lotterieplan mit seinen Bestimmungen maßgebend." Der Lotterieplan besagte in § 6 unter der Überschrift: Erneuerung der Lose. „Jedes Klassenlos gewährt Anspruch auf Teilnahme an der Ziehung und auf Gewinn nur für die Klasse, auf die es lautet. Wird es in dieser Klasse nicht gezogen, so gewährt es Anspruch auf ein Los gleicher Nummer der neuen Klasse (Neulos) gegen Zahlung des Einsatzes für die neue Klasse. Für ein nicht gezogenes Klassenlos hat der Spieler daher zur 2. bis 5. Klasse bei dem zuständigen Einnehmer spätestens am letzten Erneuerungstag bis 6 Uhr abends unter Vorlegung des von dem Einnehmer durch teilweise Abtrennung seiner Namensunterschrift zu entwertenden Loses und Entrichtung des Einsatzes ein Neulos zu beziehen. Der jeweilige letzte Erneuerungstag ist auf den Losen und auf dem amtlichen Lotterieplan vermerkt. Versäumt der Spieler die Frist oder erfüllt er eines der bezeichneten Erfordernisse nicht, so verliert er seinen Anspruch auf das Neulos. Nicht planmäßig erneuerte Klassenlose können als Kauflose sofort anderweit verkauft werden." Auf dem Los selber war weiter aufgedruckt: „Die Erneuerung zur zweiten Klasse muß planmäßig zur Vermeidung des Anspruchsverlustes spätestens am 8. Mai 1925 abends 6 Uhr bei dem zuständigen Einnehmer unter Vorlegung dieses Loses geschehen." Nachdem der Bekl. bis zum 8. Mai 1925 nichts hatte von sich hören lassen, gab der Kl. das Neulos und, wie er behauptet, der Bekl. aber bestreitet, einen vorgedruckten Zettel mit der Aufforderung, einen näher berechneten Betrag umgehend vor der Ziehung einzusenden, an den Bekl. zur Post. Die Sendung ist aber aus einem nicht aufgeklärten Grund von der Post nicht dem Bekl., sondern seinem am selben Ort wohnenden Bruder ausgehändigt worden, der sie zunächst bei sich lagern ließ, ohne irgend etwas darauf zu unternehmen. Der Bekl., der einem seiner Angestellten rechtzeitig Auftrag zur Bezahlung des Neuloses nach Eingang gegeben und am 18. Mai 1925 bei der Rückkehr von einer Reise erfahren haben will, daß das Neulos nicht eingegangen sei, ersuchte — angeblich ohne Kenntnis von dem Ziehungsergebnis — durch die Postkarte von diesem Tage den Kl. um unverzügliche Übersendung des Neuloses. Der Kl. erwiderte sofort, der Bekl. habe sich das Neulos nicht rechtzeitig beschafft und nicht rechtzeitig bezahlt und habe deshalb keinen Anspruch mehr darauf. Ende Mai 1925 ließ sich der Bekl. von seinem Bruder das inzwischen bei diesem ausfindig gemachte Neulos aushändigen. Der Bekl. macht geltend, nach den dargestellten Vorgängen habe er das Neulos rechtmäßig erworben und somit Anspruch auf den Gewinn. Mindestens aber habe es der Kl. zu vertreten, daß er, der Bekl., nicht wie beabsichtigt, das Los rechtzeitig erneut habe. Denn er sei verpflichtet gewesen, ihm, dem Bekl., das Neulos rechtzeitig zuzusenden, und habe die Fehlleitung der Sendung durch die Post entweder durch unrichtige Anschrift verschuldet oder aber ein Verschulden der Post als seiner Erfüllungsgehilfin zu vertreten; auf alle Fälle sei die Sendung auf seine Gefahr gereist. Ohne Rechtsirrtum verneint das BG., daß der Bekl. das Neulos erworben habe. Insoweit hat auch die Rev. keine Rüge erhoben. Diese bemängelt jedoch als rechtsirrig die weitere Annahme des angefochtenen Urteils, daß der Kl. auch nicht verpflichtet gewesen sei, dem Bekl. das Neulos von sich aus rechtzeitig zu übersenden. Der Bekl. hatte eine solche Pflicht des Kl. wie folgt begründet: Zwar fordere der Lotterieplan, daß der Spieler sich in der gesetzten Frist wegen Erneuerung des Loses an den Einnehmer wende. Aber zwischen Einnehmer und Spieler könnten von den Planbestimmungen abweichende Vereinbarungen getroffen werden; und tatsächlich kämen überaus häufig solche Abweichungen vor, die geradezu gewohnheitsrechtlichen Charakter trügen. So habe sich in jahrelanger Übung der feste Brauch herausgebildet, daß der Lotterieeinnehmer bei auswärtigen Spielern die Verabfolgung des Neuloses nicht von der Vorlage des Loses der vorangegangenen Klasse abhängig mache. Und ebenso bestehe der feste Brauch, daß der Einnehmer jedem auswärtigen Spieler, der nicht einen gegenteiligen Wunsch geäußert habe, das Neulos zusammen mit der Ziehungsliste der vorangegangenen Klasse gegen Ersatz der Auslagen zusende. Der auswärtige Spieler habe es danach nicht nötig, sich bei seinem Einnehmer nach jeder Ziehung nach deren Ergebnis zu erkundigen und gegebenenfalls das Neulos zu bestellen; er könne sich vielmehr ohne weiteres darauf verlassen, daß ihm, falls das Los in einer Ziehung nicht gezogen worden sei, das Neulos vom Einnehmer so rechtzeitig zugesandt werde, daß eine Weiterbeteiligung an der Lotterie noch möglich sei. Mit Rücksicht auf diese Verkehrssitte sei der Kl. nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ohne besondere Abmachung oder Aufforderung dem Bekl. das Neulos für die 2. Klasse zuzusenden. Der BR. hat hierzu ausgeführt: Der behauptete Brauch stehe, soweit er eine Verpflichtung des Einnehmers bedeuten solle, im Widerspruch mit den Bestimmungen des Lotterieplans und dem Aufdruck auf dem Los; diese müßten für den Umfang der diesbezüglichen Ansprüche des Loskäufers auch gegenüber dem Einnehmer maßgebend sein, da dieser insoweit als Vertreter und Beauftragter der Lotterie handele. Nach der Natur der Sache und dem eigenen Vorbringen des Bekl. könne es sich bei der Zusendung der Neulose durch den Einnehmer für die Regel offensichtlich nur um den Geschäftsgebrauch einzelner oder einer Mehrzahl von Einnehmern handeln, der der Vereinfachung des Geschäftsverkehrs zwischen Einnehmer und Kunden dienen solle, dem aber ein den Einnehmern verpflichtender Charakter nicht zukomme. Wohl könne ein Einnehmer durch besondere Abrede mit einem Losbezieher oder auch durch Ausgabe allgemeiner Geschäftsbedingungen dieses Inhalts gegenüber seiner Kundschaft im allgemeinen eine Verpflichtung jener Art übernehmen, doch sei davon im vorliegenden Fall keine Rede. Die Rev. meint, diese Ausführungen über die Bedeutung der Verkehrssitte seien mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar, und es hätte der vom Bekl. angebotene Beweis erhoben werden müssen, daß schon im April und Mai 1925 jene Verkehrssitte zwischen den Lotterieeinnehmern und ihren auswärtigen Kunden allgemein bestanden habe. Diese Rüge ist aber nicht begründet. Zwar könnte der Satz, daß der Inhalt des Lotterieplans und der Losaufdruck für den Umfang der Ansprüche des Loskäufers auch gegenüber dem Lotterieeinnehmer maßgebend sein müsse, da dieser insoweit als Vertreter und Beauftragter der Lotterie handele, zu Bedenken Anlaß geben. Ob nach der Einrichtung der 25. Lotterie der Einnehmer als Stellvertreter

nächst ist die Stellung des Lotterieeinnehmers ins Auge zu fassen. Sie ist, auch wenn er als Mitkontrahent des Loskäufers juristisch auftritt, doch wirtschaftlich eine Vermittlertätigkeit. Dem Spieler kommt es auf den Losgewinn an. Der aber ist ein Ergebnis des Lotteriebetriebes als solchen. Dem Einnehmer kommt eine ähnliche Funktion zu wie dem Versicherungsagenten oder Börsenmakler. Diese sind an die Versicherungsbedingungen und Börsenusancen gebunden. So kann auch der Lotterieplan und der als Bestandteil des Vertrages mit dem Losabnehmer zu behandelnde Aufdruck auf den Losen nicht durch einen Kollektivschritt der Kollekteure abgeändert werden. Es können zwischen dem einzelnen Lotterieeinnehmer und seinen Kunden verpflichtende Abmachungen getroffen werden, die den Einzelfall regeln, und solche können im Wege der Willensauslegung auch ohne ausdrückliche Abrede aus dem tatsächlichen Verhalten gefolgert werden. Aber so viele Einzelfälle der Art vorliegen mögen, es kann aus ihnen nie eine die Bestimmungen des Lotterieplans abändernde Verkehrssitte sich entwickeln. Der Schmerz des Spielers, der die Erneuerung für die zweite Klasse im vorl. Falle verabsäumt hat, läßt sich, nachdem ein erheblicher Gewinn in ihr auf das Los gefallen ist, verstehen. Aber das ist kein juristisch verwertbares Moment. Wenn

der Lotteriedirektion beim Abschluß des Spielvertrags mit dem Loskäufer anzusehen ist, ist ohne nähere, vom BR. unterlassene, Erörterung der tatsächlichen Verhältnisse nicht zu entscheiden. Jedenfalls aber ist ein Rechtsirrtum darin nicht zu finden, wenn das BG. annimmt, es sei kein Anhalt dafür gegeben, daß der von einem Teil oder auch von der überwiegenden Mehrzahl der Lotterieeinnehmer geübte Geschäftsgebrauch zu der Verkehrsanschauung geführt hätte, die Einnehmer seien mangels entgegenstehender Abmachungen ohne weiteres gegenüber auswärtigen Loskäufern zur Einhaltung dieses Brauches verpflichtet. Eine rein tatsächliche Übung kann zu der Annahme nicht genügen, eine Verkehrsanschauung verlange von allen Einnehmern ein dementsprechendes Verhalten. Der Ausdruck auf den Losen, der die Planbestimmungen ausdrücklich für maßgebend erklärt und sie zum Teil nochmals wiedergibt, besagt, daß diese Bestimmungen zunächst auch für das Verhältnis zwischen dem Einnehmer und dem Spieler gelten sollen. Um eine Bindung an einen davon abweichenden Brauch annehmen zu können, müßte etwas Weiteres hinzukommen. Treu und Glauben müßten gebieten, daß der Einnehmer die berechtigte Erwartung der Käufer, er werde dem Brauch entsprechend handeln, nicht enttäuscht. Das Verfahren der Einnehmer, ihren auswärtigen oder auch einheimischen Kunden die Neulose vor der neuen Ziehung zuzusenden, dient jedoch ersichtlich in erster Linie dem eigenen Nutzen der Einnehmer. Diese haben ein erhebliches Interesse daran, nicht nur neue Kunden zu gewinnen, sondern auch Käufer von Losen einer früheren Klasse für die späteren Klassen festzuhalten. Ein Abspringen vor Abschluß der Lotterie widerspricht dem Wesen einer guten und treuen Kundschaft, an deren Nachweis dem Einnehmer auch gegenüber der Lotteriedirektion gelegen sein muß. Zwar bietet ein nichtabgesetztes Neulos dem Einnehmer gewisse Vorteile. Er braucht an die Lotterie nur den einfachen Einsatz abzuführen, während er von neu eintretenden Spielern Nachzahlung auch der Einsätze der vorangegangenen Klassen verlangen kann. Auch wenn er es selber spielen will, hat er den Vorteil, nur den einfachen Einsatz bei größeren Gewinnaussichten zahlen zu müssen. Aber erfahrungsgemäß finden sich doch nur ganz ausnahmsweise Spieler, die erst in einer späteren Klasse zu spielen anfangen und geneigt sind, die Einsätze der früheren Klassen nachzuzahlen. Und das Selbstspielen, auch zu geringerem Einsatz, gehört nicht zu einer kaufmännischen Geschäftsausübung der Einnehmer. Das Geschäftsinteresse der Einnehmer ist am besten gewahrt, wenn alle Spieler der 1. Klasse ihr Los auch in allen folgenden Klassen spielen. Und ein solcher glatter Geschäftsgang wird dadurch gefördert, daß der Einnehmer seine Kunden, mögen sie an seinem Geschäftssitz oder außerhalb wohnen, durch Zusendung der Neulose an die rechtzeitige Zahlung des neuen Einsatzes erinnert. Mag dabei auch zugleich der Vorteil der Kundschaft gewahrt werden und das Bestreben des Einnehmers, seinen Kunden gefällig zu sein, eine gewisse Rolle mitspielen, so handelt es sich dabei doch offensichtlich nur um eine sog. kaufmännische Kulanz, deren Übung dem einzelnen Einnehmer der Wettbewerb vielleicht aufzwingt, die aber auch dadurch nicht den Charakter einer freiwilligen Betätigung verliert. Dabei ist auch zu beachten, daß ein Loskäufer zur Erneuerung des Loses für die folgende Klasse nicht verpflichtet ist, daß der Einnehmer daher Mühe und Kosten umsonst aufgewendet hat, wenn der Kunde das ihm zugesandte Neulos nicht einlöst. Es kann also nicht die Rede davon sein, daß eine redliche Geschäftsführung die Innehaltung des in Rede stehenden Brauches von dem Einnehmer verlangte, und daß er Treu und Glauben verletzte, wenn er sich dem Brauche nicht fügt oder — von Arglist abgesehen — auch nur einmal im einzelnen Fall davon abweicht. War sonach der Kl. zur Zusendung des Neuloses an den Bekl. nicht verpflichtet, so kann er auch nicht für die Unterlassung — oder was hier in Frage kommt — für die nachlässige Ausführung haftbar gemacht werden, geschweige denn, daß die Sendung auf seine Gefahr reiste.

(U. v. 20. Mai 1927; 351/26 III. — Stuttgart.) [Sch.]

3. § 372 BGB. **Subjektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers berechtigen den Schuldner einer abgetretenen Forderung zur Hinterlegung.**†)

(U. v. 30. Nov. 1926; 606/25 II. — Köln.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1927, 523.

3a. §§ 504, 505, 510 BGB. **Der Vorkaufsberechtigte ist an Änderungen des Kaufvertrags gebunden, die vor Ausübung des Vorkaufsrechts vorgenommen worden sind.**†)

Die Kl. hat durch notariellen Vertrag v. 21. Juli 1923 einen Teil ihres Grundbesitzes in B. mit dem Logierhause B. und den Gebäuden, in denen die Firma Gebr. B. als Pächterin ein Sägewerk betreibt, an den Kaufmann von M. verkauft. In dem Pachtvertrage war vereinbart, daß er ein Jahr

---

die Verkehrssitte den Inhalt hätte, daß bei Unterbleiben der Mahnung zur Erneuerung der Spielvertrag für die zweite Klasse als für den Mitkontrahenten des Lotterieeinnehmers in der ersten Klasse geschlossen gelte, würde im Falle einer Niete der Spieler erster Klasse für die Kosten auch der zweiten an sich aufzukommen haben. Das würde ihm auch nicht behagen, könnte aber praktisch werden, wenn die Aufforderung seitens des Kollekteurs zwar erfolgt, dem Kunden aber infolge vertretbaren Versehens nicht zugegangen wäre.

Geh. JR. Dr. Heinrich Dove, Berlin.

Zu 3. Die Entsch. entspricht ständiger Rspr. und herrschender Lehre. Sie ist im Ergebnis zu billigen. Wenn zwei Forderungsprätendenten auftreten und der Anspruch keines von beiden mit einer jeden Zweifel ausschließenden Klarheit als unbegründet zu erkennen ist, so kann der Schuldner infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht mit Sicherheit erfüllen. Er ist deshalb nach § 372 Satz 2 Halbsatz 2 BGB. zur Hinterlegung berechtigt. Die gegenteilige Anschauung der Rev. mutet dem Schuldner zu, auf seine Gefahr den Streit der Prätendenten zu entscheiden. Gerade diese Gefahr aber will das Gesetz dem zahlungswilligen Schuldner abnehmen. Der Rev. ist allerdings entgegen den Ausführungen des RG. m. E. zuzugeben, daß es zunächst auf die objektive Rechtslage ankommt. Das RG. führt zwar richtig aus, das Hinterlegungsrecht hänge davon ab, ob der Schuldner auf Grund seiner subjektiven Anschauung von der Sach- und Rechtslage bei gewissenhafter Prüfung nach verständigem Ermessen über die Person des Gläubigers im Zweifel sein durfte. Aber gerade diese Formulierung zeigt, daß es in allererster Linie doch auf die objektive Rechtslage ankommt: Diese muß irgendwie unklar sein. Denn bei sonnenklarer Rechtslage ist kein Zweifel erlaubt. Hat A. bei dem Schreinermeister B. einen Schreibtisch bestellt und macht alsdann der Holzhändler C. gegenüber A. Anspruch auf die Werklohnforderung des B., weil dieser dem C. noch den Kaufpreis für das dem B. gelieferte Holz schulde, so ist ganz zweifellos ausschließlich B. und nicht C. Gläubiger des A. Die völlig grundlose Prätention des C. wird auch nach der Meinung des RG. den Schuldner A. nicht zur Hinterlegung berechtigen. Infolgedessen erforderte die Entsch. des Rechtsstreits zwar nicht eine völlige Prüfung der objektiven Rechtslage, wohl aber deren Prüfung bis zu dem Grade, daß beurteilt werden konnte, ob ein beachtlicher Streit zweier Prätendenten vorlag oder ob etwa, wie die Rev. meinte, der Anspruch des mit der Kl. streitenden Prätendenten von vornherein als völlig grundlos zu erkennen war. Allein auch wenn das RG. diese Frage noch geprüft hätte, hätte die Rev. erfolglos bleiben müssen. Der aus dem nicht veröffentlichten Tatbestand der Entsch. ersichtliche Streit der Forderungsprätendenten ist zwar m. E. zugunsten der Kl. zu entscheiden. Aber der Anspruch des anderen Prätendenten ist nicht so ohne weiteres als unbegründet zu erkennen, daß der Bekl. das Recht des Zweifels abgesprochen werden könnte. Deshalb ist der Bekl. das Hinterlegungsrecht im Ergebnis mit Fug zugesprochen worden.

Das Bedürfnis des Verkehrs verlangt unbedingt, daß dem Schuldner nur bei ganz zweifelsfreien Fällen zugemutet werde, den Streit der Forderungsprätendenten durch Zahlung an einen von ihnen auf seine Gefahr zu entscheiden. Der gegenteilige Standpunkt schädigt den zahlungswilligen Schuldner, während eine großzügige Zubilligung des Hinterlegungsrechts keinen Beteiligten schädigen kann. Denn jeder Forderungsprätendent kann ebenso leicht den anderen Prätendenten auf Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Betrages wie den Schuldner auf Zahlung verklagen.

RA. Dr. Alfred Werner, München.

Zu 3a. Das Erk. erweckt zwar nicht im Ergebnis, aber in der Begründung erhebliche Bedenken. Wie immer man übrigens das Vorkaufsrecht auffassen mag — sicher ist so viel, daß sein Träger es ausüben kann, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat (§ 504 BGB.).

nach Abschluß eines des Pachtgrundstücks betreffenden Kaufvertrags erlösche. Durch einen weiteren notariellen Vertrag v. 3. Nov. 1923 wurde der Kaufvertrag in einzelnen Punkten geändert und namentlich bestimmt, daß der Käufer für sich und seine Rechtsnachfolger sich verpflichte, das Pachtverhältnis mit der Firma Gebr. B. nicht fortzusetzen, sondern nötigenfalls aufzukündigen. Die bekl. Gemeinde hat das ihr durch das braunschw. Landbeschaffungsgesetz eingeräumte Vorkaufsrecht in Kenntnis beider Verträge im Januar 1924 ausgeübt. Die Kl. hat zugunsten der jeweiligen Mitglieder ihres Verwaltungsrats eine persönliche Dienstbarkeit sich im Kaufvertrage ausbedungen, wonach sie die genannten zwei Zimmer des Logierhauses stets unentgeltlich benutzen dürfen. Die Kl. verlangt Verurteilung der Bekl., die Räumung des Grundstücks seitens der Firma Gebr. B. herbeizuführen. Das BG. hat die Klage abgewiesen. Es geht davon aus, daß schon durch den Abschluß des Kaufvertrags v. 21. Juli 1923 das Vorkaufsrecht der Bekl. ausgelöst und wirksam geworden sei. Danach sei die Kl. nicht mehr berechtigt gewesen, durch eine Nachtragsvereinbarung mit dem Käufer für die vorkaufsberechtigte Gemeinde weitere Verpflichtungen zu begründen, und zwar auch dann nicht, wenn die nachträgliche Abmachung vor der Mitteilung des Vertragsinhalts an die Gemeinde (§ 510 BGB.) getroffen sei. Ebensowenig, wie der Verkäufer und der Käufer den endgültig und bindend geschlossenen Vertrag mit Wirksamkeit gegenüber dem Vorkaufsberechtigten rückgängig machen könnten, seien sie befugt, die Vertragsleistungen des Käufers zum Nachteil des Vorkaufsberechtigten zu erhöhen. Nun habe zwar die Bekl. ihr Vorkaufsrecht auch im Hinblick auf den Nachtrag v. 3. Nov. 1923 ausgeübt, und dies sei vom Staatsministerium genehmigt. Die Bekl. könne jedoch die ohne rechtlichen Grund infolge Rechtsirrtums eingegangene Verpflichtung aus der Nachtragsvereinbarung unter dem Gesichtspunkte der Bereicherung zurückfordern. Ihr stehe weder die Vorschrift des § 814 BGB. noch die Fassung der staatsministeriellen Genehmigung entgegen. Die Rev. ist begründet. Das auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhende Vorkaufsrecht kann nach § 504 BGB. ausgeübt werden, sobald der Verpflichtete mit dem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat. Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten, und durch diese Erklärung kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (§ 505 BGB.). Aus diesen Gesetzesvorschriften, deren vertragliche Änderung zwar zulässig, im vorliegenden Falle aber nicht geschehen ist, ergibt sich, daß zwischen dem Eintritt des Vorkaufsfalles und dem Wirksamwerden des Vorkaufsrechts durch die rechtzeitige Willenserklärung des Berechtigten, er mache von seinem Recht Gebrauch, zu unterscheiden ist. Durch den Abschluß des Kaufvertrags v. 21. Juli 1923 ist nicht, wie das BG. anzunehmen scheint, das Vorkaufsrecht der Bekl. in dem Sinne in Kraft getreten, daß die Bekl. bereits ein Recht auf Übereignung des Grundstücks gegen die Kl. erlangt habe. Vielmehr ist der Bekl. durch den Kaufabschluß nur die rechtliche Möglichkeit eröffnet, den Anspruch auf Erwerb des Grundstücks durch die vorgesehene Willenserklärung zur Entstehung zu bringen. Durch ein bestehendes Vorkaufsrecht ist der Verpflichtete nicht gehindert, alle gesetzlich zulässigen Leistungen mit dem Käufer zu vereinbaren. Daß alle Vereinbarungen über einen Grundstückskaufvertrag in einer einzigen Urkunde niedergelegt werden müßten und spätere Änderungen dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam seien, ist aus dem Gesetze, soweit nicht die noch zu erörternde Vorschrift des § 506 BGB. einschlägt, nicht zu entnehmen. Solange nicht das Vorkaufsrecht ausgeübt ist, steht es den ursprünglichen Vertragschließenden frei, Zusätze und Änderungen zu dem Kaufvertrage zu vereinbaren. Nach § 505 Abs. 2 BGB. kommt der Vertrag zwischen dem Berechtigten unter den Bestimmungen zustande, die z. Z. der Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen den ursprünglichen Vertragschließenden gelten. Im § 482 Schlußsatz des I. Entw z. BGB. war noch bestimmt „Von dem Berechtigten sind insbes. alle Verbindlichkeiten zu erfüllen, welche der Dritte in dem mit ihm abgeschlossenen Vertrage übernommen hat“. Diese Bestimmung ist nur deshalb von der II. Komm. gestrichen, weil man sie für selbstverständlich hielt und außerdem das Mißverständnis vermeiden wollte, als ob der Berechtigte in den Vertrag des Vorkaufsverpflichteten mit dem Käufer eintrete, während es sich tatsächlich um einen neuen und selbständigen Vertrag handele (Prot. II S. 1799 bei **Mugdan**, Mat. 2, 793). Das Gesetz verstattet dem Berechtigten nicht, unter den ihm mitgeteilten Vertragsbestimmungen eine Auswahl zu treffen und nur die ihm günstig erscheinenden für sich gelten zu lassen. Die Bekl. war demnach lediglich berechtigt, hinsichtlich des durch den Nachtrag vom November 1923 abgeänderten Kaufvertrags ihr Vorkaufsrecht auszuüben, wie sie es nach der Feststellung des BG. auch tatsächlich getan hat. Eine Rückforderung ihrer Erklärung, soweit sie sich auf den Nachtrag bezieht, kommt deshalb nicht in Frage, und es kann dahingestellt bleiben, ob es rechtlich überhaupt möglich wäre, eine eingegangene Verpflichtung ganz oder sogar teilweise auf Grund der §§ 812 ff. BGB. rückgängig zu machen. Diesem Ergebnis steht die Vorschrift des § 506 BGB. nicht entgegen. Hier sind Vereinbarungen des Verpflichteten mit dem Käufer gegenüber dem Vorkaufsberechtigten für unwirksam erklärt, nach welchen der Kaufvertrag im Wege der auflösenden Bedingung oder kraft Rücktrittsrechts für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts hinfällig werden soll. Einer solchen im Kaufvertrage getroffenen Vereinbarung, die die Beseitigung des Vorkaufsrechts zum Gegenstande hat, ist in der Rspr. des RG. der Fall gleichgestellt, wenn die Vertragschließenden den Kaufvertrag nachträglich wieder aufheben (RG. 106, 323). Aus diesen Sonderbestimmungen ist jedoch nicht zu folgern, daß auch Änderungen des Inhalts des Kaufvertrags — wie etwa die Erhöhung des Kaufpreises oder die Auferlegung einer Nebenleistung an den Käufer —, die dessen Rechtsgültigkeit unberührt lassen, den Verkaufsberechtigten nicht binden sollen. In solchem Falle hat der Vorkaufsberechtigte einen Anspruch darauf, daß ihm der Inhalt des Nachtragsvertrags mitgeteilt werde (§ 510 Abs. 1 BGB.). Und erst von dem Empfange dieser Mitteilung an läuft die gesetzliche oder vertragliche Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 510 Abs. 2 vgl. RGRKomm. Bem. 1 zu § 510; BayObLG.: Recht 1911 Nr. 2524). Ebenso wie in anderen Fällen steht dem Vorkaufsberechtigten das Wahlrecht zu, ob er auf Grund des ihm mitgeteilten vollständigen Vertragsinhalts sein Recht ausüben oder davon Abstand nehmen will. Hierdurch sind die Belange des Vorkaufsberechtigten gewahrt,

---

Und zwar kann er es ausüben laut § 505, 2 zu den Bedingungen, die der Pflichtige mit dem Dritten **vereinbart** hat, nicht, wie das RG. ungenau sagt, „die zur Zeit der **Ausübung** des Vorkaufsrechts zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien gelten“. Der Vorkaufsberechtigte hat somit die Möglichkeit, durch einseitige Erklärung seinerseits einen Kaufvertrag mit dem Pflichtigen zu jenen Bedingungen zustande zu bringen, d. h. ein **Gestaltungsrecht**. Dies aber kann ihm nicht wider seinen Willen entzogen werden (vgl. §§ 161, 499 u. a. m.). Daß das nicht durch **Aufhebung** des Vertrages unter den Vertragsparteien geschehen könne, nimmt das Erk. unter zutreffender Berufung auf RG. 106, 323/24 Nr. 89 selbst an; dann muß aber auch in bezug auf **inhaltliche Änderungen** des Vertrags dasselbe gelten. Der Vorkaufsberechtigte muß sein Recht i. S. der **ursprünglichen**, nicht nur der abgeänderten Vertragsbedingungen geltend machen können, wird durch Ausübung desselben nicht aus dem letzteren verpflichtet.

Anders allerdings, wenn er das Vorkaufsrecht, wie hier geschehen, in Kenntnis der Änderungen vorbehaltlos ausübt. Darin wird nach Treu und Glauben eine Anerkennung der nachträglichen Bedingungen zu finden sein. Er **brauchte** zwar nicht, **konnte** aber zweifellos die Ausübung des Rechts auf den abgeänderten Vertrag hin vollziehen. Und das ist hier geschehen. Eine **Anfechtung** dieses Ausübungsaktes wegen Irrtums ist in unserem Fall nicht anzuerkennen, da es sich offenbar nur um einen Motivirrtum gehandelt haben kann. Ebensowenig kann, wie auch das Erk. zutreffend darlegt, von einem Bereicherungsanspruch die Rede sein: — die Ausübung eines Gestaltungsrechts ist keine kondizierbare Leistung, ebensowenig wie ein gegenseitiger Vertragsschluß (s. meine „Geschäftsgrundlage“ S. 1 f.). Endlich läßt sich auch nicht sagen, daß die Geschäftsgrundlage für den Ausübungsakt weggefallen sei; wäre sie es aber, so könnte das nur zum Rücktritt von der Verkaufserklärung führen, aber nicht zur Änderung seiner **Wirkung** i. S. des ursprünglichen Vertrags zwischen Verkäufer und Käufer.

Geh. JR. Prof. Dr. **Oertmann**, Göttingen.

während im Gegensatz dazu unter den Voraussetzungen des § 506 BGB. die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Vereinbarungen des Verpflichteten mit dem Dritten — ohne Eingreifen des Gesetzes — unmöglich gemacht werden würde.

(U. v. 7. Juli 1927; 10/27 VI. — Braunschweig.) [Ku.]

4. § 723 BGB. Kündigungsrecht wegen wichtigen Grundes bei partiarischen Darlehnsverhältnissen.] †)

Das BG. hat dem Kl. das von ihm geltend gemachte Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen versagt. Es hat zwar diese Frage ausschließlich nur unter dem Gesichtspunkt der stillen Gesellschaft geprüft. Rechtsgrundsätzlich müßte dem Kl. aber auch für den Fall des partiarischen Darlehns gerade dann, wenn das gesetzliche Kündigungsrecht auf bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses (gewinnbringende Verwertbarkeit des Mittels, endgültiges Scheitern der Versuche) ausgeschlossen wäre, in entsprechender Anwendung des § 723 BGB. ein ebensolches Kündigungsrecht zugebilligt werden. Voraussetzung hierfür wäre, daß der Beklagte eine ihm nach dem Darlehnsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt hätte oder die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich würde oder sonst ein wichtiger Grund vorläge; ein „wichtiger" Grund wäre dann anzunehmen, wenn den Umständen nach dem Kl. nicht zugemutet werden könnte, das partiarische Darlehnsverhältnis mit dem Bekl. fortzusetzen. Soweit nun das BG. einen „wichtigen" Grund bei den unter den Buchstaben a, b, d, e behandelten Fällen verneint hat, ist auch unter dem Gesichtspunkt des partiarischen Darlehns ein Rechtsirrtum nicht ersichtlich. Dagegen bestehen rechtliche Bedenken gegen die Ausführungen des angefochtenen Urteils hinsichtlich der Beurteilung des Verhaltens des Bekl. gegenüber dem Rechnungslegungs- und Zinsenanspruch des Kl. Das BG. hat in beiderlei Richtung das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes deshalb verneint, weil Kl. erst während des Prozesses diese beiden Ansprüche geltend gemacht habe. Letzteres ist richtig. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß aus der Nichterfüllung dieser Ansprüche durch den Bekl. der Kl. nicht einen wichtigen Kündigungsgrund herleiten könnte. Die Klage ist jedenfalls schon in erster Instanz darauf mit gestützt worden. Kl. hat auch im Fall des partiarischen Darlehns vermöge seines Anspruchs auf „entsprechenden Gewinnanteil an den Vidux-Geschäften" des Bekl. einen Anspruch auf Auskunftserteilung über diese Geschäfte, die dabei erzielten Einnahmen und Gewinne. Als partiarischer Darlehnsgläubiger hat Kl. keinerlei Einfluß auf die Geschäftsgebarung des Bekl. und keinerlei Einblick in dieselbe. Er ist demnach mit seinem Gewinnanspruch im besonderen auf die Zuverlässigkeit, Vertrauenswürdigkeit und Tüchtigkeit des Beklagten angewiesen, zumal hier, wo es um die Gründung und nutzbringende Einrichtung eines ganz neuen Geschäftszweigs geht. Die Gesamtdarlehnssumme, die nicht gesichert ist, ist eine sehr erhebliche, besonders unter Berücksichtigung der in den Jahren 1924/25 herrschenden außerordentlichen Geldknappheit. Wenn sich unter diesen Umständen der Bekl. der Erfüllung der nicht „unwesentlichen" Auskunfts- und Verzinsungspflicht zu entziehen sucht, so konnte dies an und für sich sehr wohl zu einer solchen Erschütterung des Vertrauens auf seiten des Kl. führen, daß ihm die weitere Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses mit dem Bekl. nicht mehr angesonnen werden kann. Dabei könnte es nicht einmal unbedingt darauf ankommen, ob die Vertragsverletzungen des Bekl. schuldhaft gewesen sind. Hiernach wird das BG. erneut zu prüfen haben, ob nicht das vertragswidrige Verhalten des Bekl. in Berücksichtigung der sonstigen Umstände des Falls ein sofortiges Kündigungsrecht des Kl. begründen würde.

(U. v. 17. Mai 1927; 424/26 II. — Frankfurt a. M.) [Ku.]

5. §§ 930, 1228, 1280, 1287 BGB.

1. Der Kunde erwirbt das Eigentum an in Verwahrung der Bank befindlichen Effekten auch dann, wenn er kein Stückeverzeichnis erhalten hat, sofern er mit dem Bankier ein Rechtsverhältnis nach § 930 BGB. vereinbart hat. Dies

Zu 4. Wenn auch die Abgrenzung von Gesellschaft und partiarischem Darlehen immer wieder Schwierigkeiten bereitet und die Meinungen über das ausschlaggebende Unterscheidungsmerkmal geteilt sind, so ist man sich doch darüber einig, daß Gesellschaft und partiarisches Darlehen Gegensätze sind (Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 376; Hoeniger, Gemischte Verträge S. 272; Enneccerus II, § 518, I, 26; Staub zu § 335 Anm. 22, RG. 99, 163); zu weit geht indessen Cromes Behauptung, daß zwischen ihnen keine Vermittlung möglich sei (a. a. O. 376). Denn wie gerade die Schwierigkeiten bei der praktischen Unterscheidung beider Geschäftsarten im Einzelfall beweisen, ist das partiarische Darlehen ein gemischtes Geschäft, das trotz seines Grundcharakters als Darlehen doch auch mit der Gesellschaft verwandt ist. Im Anschluß an die Rspr., die immer wieder einzelne Vorschriften des Gesellschaftsrechts auf partiarische Rechtsverhältnisse anwendet, hat auch die Theorie versucht, die analoge Erstreckung einzelner Gesellschaftsregeln auf die partiarischen Geschäfte durch die Aufstellung des Oberbegriffs der „gesellschaftsähnlichen Verhältnisse" zu rechtfertigen (s. Silberschmidt, Ztschr. f. HR. 79, 465, „Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis"). Auf sie hat das RG. schon die Kündigungsvorschriften des § 723 für analog anwendbar erklärt (JW. 1915, 1352; RG. 95, 168) und in neuerer Zeit (RG. 105, 315 = JW. 1923, 923) auch bei einem Dienstvertrag wegen seiner gesellschaftsartigen Merkmale und der besonderen Natur des dadurch bedingten Vertrauensverhältnisses „eine gewisse Auseinandersetzung" für notwendig erachtet. Das vorstehende Urteil spricht zwar nicht ausdrücklich von einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis, aber mit Silberschmidt ist das Beteilungsverhältnis beim partiarischen Darlehen als ein gesellschaftsähnliches Verhältnis aufzufassen. Für Silberschmidt ist diese Feststellung wesentlich, weil er erst damit die Grundlage für die analoge Anwendung derjenigen Vorschriften des Gesellschaftsrechts gewonnen sieht, die nicht gerade der Gesellschaft als solcher eigen sind, sondern für Vertrauensverhältnisse von längerer Dauer allgemein gelten. Für die analoge Anwendung des § 723 wird man jedoch noch einen Schritt weitergehen können und in ihm überhaupt einen gesetzlichen Anhalt für die Aufhebung von Dauerrechtsverhältnissen aus wichtigem Grunde finden, die in den allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse keine gesetzgeberische Regelung erfahren haben (vgl. die eingehende Untersuchung von Fr. Gschnitzer: JheringsJ. 76, 317 ff. = JW. 1911, 717; 77, 1 ff. = JW. 1911, 811). „Die Kündigung nach deutschem und österr. Recht"). Das Vorliegen eines Dauerverhältnisses ist das Entscheidende, daß hier nicht, wie bei vorübergehenden Schuldverhältnissen, ein Rücktritt wegen Gefährdung des Vertragszwecks gegeben ist, sondern eine Kündigung auf sofort erfolgt; der wichtige Grund ist nichts anderes als die Nichtzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung wegen Erschütterung des Vertrauens. Aus der Formulierung und Begründung des RG. ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß die Lösung des Vertragsverhältnisses aus denselben Gründen gewährt wird wie bei sog. positiver Vertragsverletzung innerhalb vorübergehender Schuldverhältnisse, wobei es bemerkenswert ist, daß das RG. ausführt, es komme „nicht einmal unbedingt" darauf an, ob die Vertragsverletzungen schuldhaft gewesen sind; es läßt also objektive Gefährdung des Vertragszwecks genügen (so mit Nachdruck: Krückmann, ArchZivPrax. 116, 170 ff.; ablehnend Enneccerus, II § 279). Somit bestätigt das Urteil die sich immer mehr in Literatur und Praxis durchsetzende Erkenntnis, daß bei Gesellschaftsverträgen, Dienstverträgen und überhaupt bei Dauerverträgen das gesetzliche Rücktrittsrecht durch das Recht fristloser Kündigung ersetzt wird (s. RG. 78, 305 = JW. 1912, 533; 81, 303 = JW. 1913, 486; 89, 333 = JW. 1917, 360; 92, 159 = JW. 1918, 261; Krückmann: ArchZivPrax. 116, 172, 186, 190; Gierke: JheringsJ. 64, 383, 390, 391 Note 63). Ihnen folgend hatte ich in meiner (nicht gedruckten) Diss. über „Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts" (Bonn 1921) allgemein die Folgerung gezogen, daß „Rückgängigmachung im allgemeinen für Dauer- und Gesellschaftsverhältnisse nicht geeignet sei, wenn sie natürlich vertraglich auch besonders bestimmt sein" könne (so jetzt auch Gschnitzer a. a. O. 394; a. A. Enneccerus, II, § 276 Note 35). Aber selbst bei vertraglicher Vereinbarung bleibt immer noch zu prüfen, ob die Parteien wirklich an Rücktritt in technischem Sinne gedacht haben (RG. 52, 10). Gschnitzer a. a. O. 329 ff., 386 ff.) stellt jetzt klar, daß die sog. fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde mit der wahren Kündigung nur den Namen und die Form der einseitigen Willenserklärung gemeinsam hat; richtig ist sie als „Abstehen vom Vertrag", als „außerordentliche Aufhebung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, ohne seinen bisherigen Bestand anzutasten", dem Rücktritt und der ordentlichen Kündigung gegenüberzustellen. Bei Dauerschuldverhältnissen vertritt das „Abstehen vom Vertrag" die Rolle des gesetzlichen Rücktrittsrechts, das nur bei vorübergehenden Schuldverhältnissen anwendbar ist.

Prof. Dr. Stoll, Tübingen.

gilt auch für Stücke, die mit seinem allgemein ausgedrückten Einverständnis in solche mit anderer Nummer umgetauscht sind. Ein für den Bankier bestehendes Pfandrecht erstreckt sich auf die neuen Stücke auch dann, wenn der Austausch nach Verjährung der Pfandforderung erfolgt ist.

2. Sind nach den Bankbedingungen auch alle in die Verfügungsgewalt des Bankiers gelangten Forderungen des Kunden verpfändet, so gelten auch bei Eintritt der Verjährung in auswärtigen Depots ruhende Effekten als verpfändet, sobald sie nur später in den Gewahrsam des Bankiers gelangen.]†)

(U. v. 22. Febr. 1927; 324/26 II. — Königsberg.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1927, 1356.

---

2. Handelsgesetzbuch und handelsrechtliche Nebengesetze.

6. §§ 45, 118 HGB.; § 810 BGB. Die mündliche Anhörung eines Sachverständigen liegt im Ermessen des Gerichtes. Feststellungen durch ihn aus Geschäftsbüchern müssen unter Zuziehung beider Parteien erfolgen. Verpflichtung zur Vorlegung von Büchern, wenn in ihnen ein beide Parteien betreffendes Rechtsverhältnis beurkundet ist.]

Der Erblasser des Kl. war i. J. 1917 aus einem Geschäfte ausgeschieden, das allein von dem Bekl. übernommen wurde. Über die ihm und später dem Kl. nach dem Auseinandersetzungsvertrage zustehenden Gewinnanteile waren, am 24. Mai, 27. Juni und 9. Aug. 1923 Teilzahlungen auf den Gewinnanteil in Gesamthöhe des berechneten Betrages geleistet. Im August 1923 erfolgte Übersendung einer Bilanz v. 11. Aug. 1923. Die Kl. verlangen Aufwertung des Gewinnanteils und ferner Einsichtnahme in die Geschäftsbücher der Firma zur Prüfung der Richtigkeit der für die Jahre 1920 bis 1923 auszukehrenden Gewinnanteile. Der Bekl. hat unter Berufung auf die Akten des Finanzamts geltend gemacht, daß sich nachträglich herausgestellt habe, daß bei richtiger Berechnung i. J. 1922 überhaupt kein Gewinn erzielt sei. Die Kl. sind nach Vernehmung eines Sachverständigen im wesentlichen mit der Klage abgewiesen. Das RG. hat aufgehoben. ... In zweiter Linie erhebt die Rev. eine Reihe von Einwendungen gegen die Art und Weise, wie das angefochtene Urteil dazu gelangt ist, den Beweis der Unrichtigkeit der Bilanz als geführt anzusehen und den wirklichen Gewinn auf 22 068 880 ℳ festzustellen. Soweit die Kl. sich darüber beschweren, daß der Sachverständige, der lediglich ein schriftliches Gutachten erstattet habe, trotz des klägerischen Antrages zur Erläuterung seines Gutachtens nicht persönlich vernommen sei, mußte der Rüge der Erfolg versagt werden. Die lediglich in das Ermessen des Gerichts gestellte Anordnung der mündlichen Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens kann mit der Rev. nicht angefochten werden (RG.: JW. 1892, 340[14]); außerdem würde hierin auch eine nach dem gegenwärtigen Prozeßrechte unzulässige Rüge aus § 286 ZPO. zu erblicken sein. Ebensowenig greift die Rüge einer Verletzung des § 423 ZPO. durch, daß der Bekl. deshalb zur Vorlegung seiner Bücher und Papiere verpflichtet sei, weil er im Rechtsstreite zur Beweisführung darauf Bezug genommen habe. Denn tatsächlich hat der Bekl. sich zum Nachweise der Unrichtigkeit der ersten Bilanz gar nicht auf seine Bücher berufen, sondern lediglich auf die Steuerakten, in denen er den Nachweis geführt habe und auf das Gutachten des betreffenden Finanzbeamten. Die Vorlegung der Bücher an den gerichtlichen Sachverständigen ist vom Gericht vielmehr auf Grund des § 45 HGB. von Amts wegen angeordnet. Endlich ist auch der Angriff, daß es der Feststellung hinsichtlich der Höhe des Gewinnes an der Begründung fehle, unter dem Gesichtspunkte einer prozessualen Beschwerde nach § 551 Nr. 7 ZPO. nicht begründet. Das Vorbringen der Rev. in dieser Beziehung läuft darauf hinaus, daß die Begründung des angefochtenen Urteils in diesem Punkte sachlich unrichtig und ungenügend sei. Darauf aber kann die Rüge eines Fehlens von Entscheidungsgründen nicht gestützt werden (RG. 109, 201 bis 204[1])). Mit Recht aber wird von der Rev. geltend gemacht, daß das Gutachten, dem das BG. sich anschließt, sich in seinem Ergebnis auf Eintragungen stütze, welche in den Handelsbüchern des Bekl. vor allem hinsichtlich der Verbuchung der Devisenbeträge enthalten waren, und daß die Kl., weil ihnen die Einsicht der Bücher vorenthalten sei, und weil das Gutachten selbst seine zahlenmäßigen Grundlagen nicht angebe, nicht in der Lage seien, die Richtigkeit der tatsächlichen Grundlagen des Gutachtens nachzuprüfen. (Wird näher ausgeführt.) Auch abgesehen von diesen sachlichen Bedenken müssen die Angriffe der Rev. insofern als berechtigt anerkannt werden, als sie sich dagegen richten, daß den Kl. die Grundlagen des Gutachtens, die Geschäftsbücher, zur Prüfung nicht zugänglich gemacht sind. Wie bereits hervorgehoben wurde, ist die Vorlegung der Handelsbücher des Bekl. an den Sachverständigen vom BG. auf Grund des § 45 HGB. von Amts wegen angeordnet. Auch bei dem Verfahren gemäß § 45 HGB. ist von dem Inhalte der Geschäftsbücher, soweit er die Streitpunkte betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen. Es hätten also mindestens diejenigen Eintragungen, auf welche das Gutachten sich besonders stützte, die Buchungen der Devisenbeträge, die auch nach der Behauptung des Bekl. im wesentlichen dazu geführt hatten, daß das rein buchmäßige Ergebnis eine unrichtige Gewinnberechnung zur Folge hatte, den Kl. auf ihr Verlangen durch Einsichtnahme bekanntgegeben werden müssen. Schon aus diesem Grunde konnten die Kl. das ohne ihre Zuziehung gewonnene Beweisergebnis beanstanden. Zutreffend weist auch die Rev. darauf hin, daß der Bekl., nachdem er die von ihm selbst vorgelegte ursprüngliche Bilanz nicht mehr gegen sich gelten lassen wollte, nach Treu und Glauben sich nicht bloß auf die Vorlegung einer so berichtigten Bilanz beschränken durfte, sondern den Kl. die Nachprüfung an der Hand der Bücher gestatten mußte. Wenn das BG. weiter aus allgemeinen Gründen ein Recht der Kl. auf Einsicht der Handelsbücher zur Nachprüfung der Bilanzen ablehnt, so erscheint auch das nicht gerechtfertigt. Zwar können die Kl. sich nicht auf den § 118 HGB. berufen, da der Erblasser der E.schen Erben in der hier in Betracht kommenden Zeit nicht mehr Gesellschafter war. Wohl aber läßt sich ein solches Recht entgegen der Auffassung des BG. auf den § 810 BGB. gründen. Wenn hier demjenigen, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, eine im fremden Besitz befindliche Urkunde einzusehen, ein Recht auf Einsicht zuerkannt wird, wenn in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist, so genügt für die Anwendung die rechtliche Beziehung der Beurkundung auf das fragliche Rechtsverhältnis; es braucht sich nicht um solche Urkunden zu handeln, die das ganze Rechtsverhältnis umfassend beurkunden; die Vorschrift des § 810 a. a. O. darf nicht zu eng ausgelegt werden (RG. 56, 109—112; 87, 10—15[2]); WarnRspr. 1908 Nr. 465). Eine solche rechtliche Beziehung der Beurkundungen in den Handelsbüchern des Bekl. zu dem zwischen den Parteien bestehenden Gewinnbeteiligungsverhältnis ist als vorhanden anzusehen. Bei einem Einzelkaufmann, an dessen Unternehmen

---

Zu 5. Man wird der Entsch. im Ergebnis zustimmen. Sie gibt einer etwas verschwommenen Klausel der Bankbedingungen eine für die Banken günstige Auslegung. Das trifft in diesem Falle wirtschaftlich das Richtige. Die Wertpapiere befinden sich noch bei der Bank. Es kann für die Frage, ob die Bank daran ein Pfandrecht hat, nicht gut darauf ankommen, ob ein Stückeverzeichnis vor dem Verjährungstage der Wechselforderung abgesandt worden ist oder nicht. Das RG. hebt die Unklarheit der Klausel ausdrücklich hervor. Es hebt darauf ab, daß der Bekl. selbst Bankdirektor bei der Kl. ist und deshalb von dem Bestreben der Banken, möglichst weitgehende und umfassende Sicherheiten von ihren Kunden zu erlangen, unterrichtet ist. Muß man wirklich Bankdirektor sein, um dieses Bestreben der Banken zu kennen?

Die Entsch. ist, wenn ihre Grundsätze allgemein angewendet werden, von weittragender praktischer Bedeutung. Vielleicht wollte das RG. durch Hervorhebung des Umstandes, daß der Bekl. Bankdirektor ist, diese allgemeine Anwendung einer späteren Nachprüfung vorbehalten. Man wird also mit Schlußfolgerungen aus dieser Entsch. vorläufig vorsichtig sein müssen.

Prof. Dr. Heinrich Hoeniger, Freiburg i. Br.

---

[1]) JW. 1925, 471. [2]) JW. 1915, 778.

wie hier andere Personen mit Kapital oder auch nur mit Ansprüchen auf anteiligen Gewinn beteiligt sind, dienen die Handelsbücher auch dem Zwecke der Feststellung der Gewinnanteile. Im Schrifttum und in der Rspr. (vgl. die bei Staub-Bondi 12./13. Aufl. Anm. 5 zu § 65 HGB. angeführten Entsch. und RG. 87, 10—17) ist demgemäß für die ähnlichen Verhältnisse der gewinnbeteiligten Angestellten anerkannt, daß solchen Angestellten ein Recht nicht nur auf Vorlegung der Bilanz, sondern auch auf Einsicht der Handelsbücher und Papiere zusteht, soweit solche Einsicht zur Nachprüfung der Richtigkeit der Bilanzangaben erforderlich ist. Dabei wird mit Recht auch auf eine entsprechende Anwendung des § 338 HGB. hingewiesen. Hiernach könnten die Kl. auch ohne besondere vertragsmäßige Einräumung schon aus allgemeinen Gründen von dem Bekl. die Einsicht der Geschäftsbücher und Papiere zum Zwecke der Nachprüfung der Richtigkeit der Bilanz und der Gewinnberechnung verlangen. Der Rechtsstreit aber ist auch hinsichtlich des Anspruchs auf Einsicht der Geschäftsbücher und Papiere noch nicht zur Entscheidung reif. Denn es bleibt nach dem bisherigen Vorbringen zweifelhaft, ob für die Jahre 1920/21 und 1923 bis 1925 ein solcher Anspruch besteht. Voraussetzung für ihn bildet ein rechtliches Interesse an der Einsicht. Ob ein solches Interesse vorliegt, muß nach den Umständen des einzelnen Falles unter billiger Würdigung der beiderseitigen Interessen geprüft werden. Dem Interesse des Gewinnbeteiligten an der Einsicht steht dasjenige des Geschäftsherrn an der Geheimhaltung seiner Handelsbücher und Geschäftsbeziehungen gegenüber. Nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsüblichkeit kann eine solche Nachprüfung einer vorgelegten Bilanz durch Einsicht der Geschäftsbücher nur binnen einer angemessenen Frist nach Vorlegung der Bilanz verlangt werden und erscheint, abgesehen von besonderen Umständen, ein solcher Anspruch regelmäßig ausgeschlossen, wenn die Bilanz und die auf Grund derselben aufgestellte Gewinnberechnung anerkannt und die geschuldeten Gewinnanteile vorbehaltlos angenommen sind. Die Parteien haben bisher, abgesehen von der Berechnung des Jahres 1922, in dieser Beziehung nichts vorgebracht. Es wird deshalb noch aufzuklären sein, wie die Kl. sich gegenüber der Vorlegung der Bilanzen und der Auszahlung der Gewinne in den anderen Jahren verhalten haben.

(U. v. 28. Juni 1927; 464/26 II. — Hamburg.) [Ku.]

7. § 54 HGB. **Duldet die Firma Wechselgirierungen durch einen Angestellten, so wird sie auch durch dessen Akzepte verpflichtet.**]†)

Die Bekl., die in Berlin-Zehlendorf ihre Hauptniederlassung hat und in Spandau eine Zweigniederlassung unterhält, wird aus einem Wechselakzept in Anspruch genommen, das Dr. G. unter ihrer Firma mit seinem Namen gezeichnet hat. Da Dr. G. nicht Geschäftsführer der Bekl., also nicht ihr gesetzlicher Vertreter war, so kann sie aus dem Akzept nur in Anspruch genommen werden, wenn Dr. G. zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten für sie ermächtigt war. Nach der Feststellung des BG. hatte Dr. G. nach dem Tode seines Vaters, Ludwig G., welcher Geschäftsführer der Bekl. war, vor dem Geschäftspersonal der Zweigniederlassung in Spandau und nach außen die Stellung eines Geschäftsführers. Nach dem Zeugnis der beiden Buchhalter der Bekl. leitete Dr. G. das Werk in Spandau-Borxfelde selbständig, unterschrieb die Geschäftsbriefe und zeichnete eingehende Kundenwechsel mit dem Giro der Bekl. Auch als Anfang 1925 ein Direktor Sch. sich bei dem Werk in Spandau als Geschäftsführer vorstellte, blieb Dr. G. weiterhin in gleicher Weise tätig. Ob darin, daß nach dem Tode des Ludwig G. sein Sohn Dr. G. zum Leiter des Spandauer Werkes bestimmt worden ist, die Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht erblickt werden könnte, braucht nicht untersucht zu werden. Denn auch eine Generalhandlungsvollmacht schließt nicht notwendig die Ermächtigung zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten in sich (RG. 76, 202[1]). Diese Ermächtigung muß vielmehr auch dann, wenn jemand zum Betriebe eines Handelsgewerbes ermächtigt ist und dieser Betrieb die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten gewöhnlich mit sich bringt, besonders erteilt werden (§ 54 Abs. 2 HGB.). Diese besondere Ermächtigung braucht nicht mit ausdrücklichen Worten zu erfolgen, sondern der darauf gerichtete Wille des Prinzipals kann sich auch aus schlüssigen Handlungen ergeben (RG. 76, 203[2]). Im Verkehr unter Kaufleuten muß aber die Frage, ob ein Kaufmann einem seiner Angestellten Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften, insbes. zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, erteilt hat und der Umfang dieser Vollmacht nach dem in die äußere Erscheinung getretenen Verhalten des Kaufmanns beurteilt werden (RG. 65, 295; 100, 49). Es kommt daher, wie der erk. Sen.: JW. 1927, 1249[5] ausgesprochen hat, für die Frage nach der stillschweigenden Vollmachtserteilung nicht sowohl darauf an, ob der Vertretene die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vertreters gekannt und geduldet hat, als vielmehr darauf, wie das Verhalten des Vertretenen in Ansehung der Handlungen des Vertreters von den mit diesem kontrahierenden dritten Personen aufgefaßt werden mußte, d. h. ob es von ihnen nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden durfte, daß dem Vertretenen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Verhalten des Vertreters nicht habe verborgen bleiben können und daher von ihm geduldet werde. Gegen diese Grundsätze hat das BG. nicht verstoßen. Es hat festgestellt, daß Dr. G. innerhalb der letzten zwei Jahre vor Ausstellung des Klagewechsels in zirka zehn Fällen Kundenwechsel giriert habe, und daß ein Teil dieser Wechsel nach Vollziehung des Giros an die Hauptniederlassung der Bekl. zu 2 gelangt sei, die diese rechtsgeschäftliche Betätigung des Dr. G. geduldet habe. Da diese Betätigung sich über den Zeitraum von zwei Jahren erstreckt hat und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt der Geschäftsleitung der Hauptniederlassung der Bekl. nicht verborgen bleiben konnte, weil die girierten Wechsel zum Teil an sie eingesandt wurden, so kann die Bekl. mit der Entschuldigung, daß ihre Geschäftsleitung von diesen Girierungen keine Kenntnis genommen habe, nicht gehört werden, weil der Verkehr sich darauf verlassen durfte, daß solche Girierungen durch einen Unbefugten einer sorgsamen Geschäftsleitung während eines Zeitraumes von zwei Jahren nicht wohl entgehen konnten. Mit Unrecht macht jedoch das BG. im Hinblick auf die Vollmacht einen Unterschied zwischen Girierungen und Akzepten, indem es aus der Vollmacht zu ersteren nicht auch auf die Vollmacht zu letzteren schließen und diese nur deswegen anerkennen will, weil auch im übrigen dem Dr. G. „eine selbständige Stellung“ eingeräumt worden sei. Darauf, ob diese Stellung mehr oder weniger selbständig gewesen ist, kommt es überhaupt nicht an. Läge in der Einräumung dieser Stellung eine Vollmachtserteilung zu allen Rechtshandlungen jeglicher Art ohne irgendeine Ausnahme, so brauchte die Frage nach einer besonderen Ermächtigung zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten nicht gestellt zu werden, denn durch jene Vollmacht im allerweitesten Sinne würde auch die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten gedeckt sein. Daß in der Einräumung einer selbständigen Stellung an Dr. G. eine so weitgehende Vollmacht gelegen habe, hat aber das BG. nicht festgestellt. Die Entscheidung des Rechtsstreits bleibt daher von der Frage abhängig, ob in der Duldung der Wechselgirierungen durch Dr. G. die stillschweigende Vollmacht zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, überhaupt also auch zur Ausstellung von Akzepten, zu er-

Zu 7. Ein Angestellter hat, ohne zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten besonders bevollmächtigt zu sein, während eines Zeitraumes von zwei Jahren in etwa zehn Fällen Kundenwechsel im Namen der Firma giriert. Der Prinzipal hat dieses Gebaren geduldet, obwohl er von ihm bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Kenntnis hätte haben müssen. Darin ist nach jetzt herrschender Lehre eine stillschweigende Bevollmächtigung bzw. (vgl. §§ 171, 172 BGB. und Schmidt-Rimpler, JW. 1927, 1249 f.) die stillschweigende Mitteilung einer erteilten Vollmacht zu erblicken. Es fragt sich aber, ob die so entstandene Vollmacht nur die Girierung von Wechseln umfaßt, oder ob sie auch die Akzeptierung von Wechseln einschließt. Im Gegensatz zum KG. stellt sich das RG. auf den letzteren Standpunkt, indem es mit Recht betont, daß, wenn um der Verkehrssicherheit willen in dem oben skizzierten Verhalten des Prinzipals eine Bevollmächtigung des Angestellten zur wechselmäßigen Firmenzeichnung zu erblicken sei, dann gerade die Verkehrssicherheit verbiete, in Ansehung dieser Vollmacht das Girieren und das Akzeptieren von Wechseln verschiedentlich zu behandeln.

Prof. Dr. Titze, Berlin.

[1]) JW. 1911, 720. [2]) JW. 1911, 720.

blicken ist. Diese Frage kann aber nicht verneint werden. Die Unterscheidung, die das BG. zwischen Akzepten und Wechselgirierungen macht, ist nach außen nicht von Bedeutung. In beiden Fällen liegt die Übernahme einer Wechselverbindlichkeit für den Prinzipal vor, sei es, daß der Vertreter einen Wechsel giriert, sei es, daß er ihn akzeptiert. Ob in dem einen Falle dem Prinzipal ein Rückgriffsrecht gegen andere Wechselverpflichtete zusteht, in dem anderen nicht, und ob die Girierung in der Regel nur zum Zwecke der Diskontierung von Kundenwechseln erfolgt ist oder nicht, ist für die hier zu erörternde Frage ohne jede Bedeutung. Wenn ein Prinzipal es duldet, daß ein Angestellter längere Zeit hindurch für die Firma Wechsel giriert, so gibt er damit nach außen unzweideutig und ohne jede erkennbare Einschränkung kund, daß der Angestellte berufen sei, im Wechselverkehr der Firma diese verbindlich zu zeichnen, also Wechselverpflichtungen für sie einzugehen. Den hierdurch erweckten äußeren Anschein der Vollmacht auf die Girierung von Wechseln beschränken zu wollen und Akzepte auszuschließen, verbietet ohne weiteres die Sicherheit im Rechtsverkehr, dem die Unterscheidung nicht angesonnen werden kann, daß ein Prinzipal, welcher duldet, daß sein Angestellter Wechsel giriert, möglicherweise damit, daß er auch Akzepte für die Firma ausstellt, nicht einverstanden sein könnte. Die gegenteilige Meinung des BG. verkennt auch, daß die Girierung von Wechseln (mit Obligo) in gleicher Weise wie das Akzept von der gewöhnlichen Handlungsvollmacht des § 54 Abs. 1 HGB. ausgeschlossen, und daß für beide unter dem Sammelbegriff „Eingehung von Wechselverbindlichkeiten" die besondere Ermächtigung gefordert wird. Wer daher als Geschäftsherr einen Angestellten stillschweigend ermächtigt hat, Wechselverbindlichkeiten für ihn einzugehen, indem er wissentlich oder infolge von Fahrlässigkeit geduldet hat, daß der Angestellte für die Firma girierte, kann nicht erwarten, daß man im Verkehr Ermittlungen darüber anstellt, ob er die Verbindlichkeit für sich nur anerkennen wollte, wenn sie in der Form des Giros auftrat, und er kann sich daher auch nicht darauf berufen, daß er das Akzept von dieser stillschweigenden Vollmacht habe ausgenommen wissen wollen.

(U. v. 27. Mai 1927; 521/26 II. — Berlin.)

**8. § 425 HGB. Empfänger des Frachtgutes ist, wer zu dessen Entgegennahme im eigenen Namen, wenn auch nicht für eigene Rechnung, legitimiert ist und es dementsprechend entgegennimmt.]†)

Am 8. April 1924 hat der der Kl. gehörige Schlepper „Erna" der Schute 8050, die zu sinken drohte, Hilfe geleistet und so die Ladung vor dem Untergange bewahrt. Kl. verlangt hierfür Hilfslohn. Da das Gut ohne Befriedigung oder Sicherstellung der Kl. wegen ihres Hilfslohnanspruches geliefert ist, hat die Kl. gemäß § 99 BSchiffG. den Eigner der Schute 8050 H. in einem Vorprozeß persönlich in Anspruch genommen. Nach fruchtloser Pfändung desselben hält die Kl. sich jetzt an die Bekl. mit der Behauptung, daß sie Empfängerin des Gutes sei und bei seiner Annahme gewußt habe, daß davon Hilfskosten zu berichtigen seien (§ 100 Abs. 2 BSchiffG.). Das LG. hat der Klage stattgegeben. Das OLG. hat aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Rev. ist unbegründet. Die Bekl. hat die Ware auf Grund des auf ihren Namen lautenden Konnossementes aus dem Seeschiff empfangen. Die Ware lagerte im Hamb. Hafen Schuppen 77a. Nunmehr hat die Bekl. die Speditionsfirma He. beauftragt, das Gut für sie, die Bekl., von dem genannten Kaischuppen abzuholen, zur Freihafenlagerhausgesellschaft zu befördern und dort für sie einzulegen. Dabei hat Bekl. das inzwischen mit ihrem Blankoindossement versehene Konossement an die Firma He. zu ihrer Legitimation der Kaiverwaltung gegenüber übergeben. Das BG. verkennt nicht, daß damit zwischen der Bekl. und der Firma He. ein Frachtvertrag i. S. von §§ 425 ff. HGB. zustande gekommen ist. Es stellt aber fest, daß die Firma He. diesen Frachtvertrag nicht selbst ausgeführt habe. Sie habe auch nicht etwa den Schiffseigner H. als Unterfrachtführer benutzt. Vielmehr habe sie im eigenen Namen mit H. über die Beförderung des Gutes vom Schuppen 77a nach der Freihafenlagerhausgesellschaft einen besonderen Frachtvertrag geschlossen, inhalts dessen sie dem H. gegenüber nicht nur Befrachter und Absender, sondern auch Empfänger des Gutes gewesen sei. Selbst wenn H. gewußt haben sollte, daß das Gut bei der Freihafenlagerhausgesellschaft für Bekl. eingelagert werden sollte, sei er auf Grund seines mit der Firma He. abgeschlossenen Frachtvertrages verpflichtet gewesen, das Gut an diese Firma abzuliefern. Und es sei Sache der Firma He. gewesen, ihrerseits auf Grund des zwischen ihr und der Bekl. abgeschlossenen Frachtvertrages die Einlagerung des Gutes bei der Freihafen-Lagerhaus-Ges. für Bekl. herbeizuführen. Zum mindesten habe Kl., die hierfür beweispflichtig sei, nicht dargetan, daß das Gut nach dem zwischen der Firma He. und dem Schiffseigner H. geschlossenen Frachtvertrage nicht an He., sondern an Bekl. auszuliefern war. Die gegen diese Ausführungen des BG. erhobenen Revisionsangriffe sind nicht durchschlagend. Die Firma He. war in Gemäßheit des zwischen ihr und der Bekl. geschlossenen Vertrages dieser gegenüber für die Beförderung der Ware vom Schuppen 77a nach der Freihafen-Lagerhaus-Ges. und für die dort im Namen der Bekl. zu vollziehende Einlagerung verantwortlich. Sie konnte zur Ausführung dieser Vereinbarung das Gut einem anderen Frachtführer übergeben (§§ 432, 431 HGB.). In welcher Weise dies geschah, insbes. ob der von He. angenommene Frachtführer H. als Unterfrachtführer oder Zwischenfrachtführer tätig wurde oder ob zwischen He. und H. ein ganz selbständiger Frachtvertrag zustande kam, hing von dem Inhalt der zwischen diesen getroffenen Abmachungen ab. Diese konnten rechtlich sehr wohl dahin gehen, daß H. gegenüber nur die Firma He. berechtigt und verpflichtet war, und daß sie allein ihm gegenüber als Absender und Empfänger des Transportgutes in Frage kam. Das BG. konnte auch ohne Rechtsirrtum die Feststellung treffen, daß die Firma He. einen solchen Vertrag als Spediteur im eigenen Namen für Rechnung der Bekl. abgeschlossen habe (§ 407 HGB.). Dabei ist der Umstand ohne Bedeutung, daß Bekl. das auf ihren Namen lautende Seekonnossement mit einem Blankoindossament versehen der Firma He. ausgehändigt, und daß diese es an H. weitergegeben hat. Denn dieses Konnossement hatte als solches nur Bedeutung für die Empfangnahme der Ware aus dem Seeschiff. Diese Empfangnahme war bereits vollzogen. Für den hier maßgeblichen Binnenschiffstransport

---

Zu 8. Die „Ladungsgläubigerrechte" nach dem Ausdruck Wüstendörfers geben bei der Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung Raum für viele theoretischen und praktischen Zweifel (vgl. Wüstendörfer, Seeschiffahrtsrecht S. 623 ff.). Es handelt sich dabei um die Pfandrechte an der Ladung für Bodmerei, Haverei, Berge- und Hilfslohn.

Der vorl. Fall zeigt, daß die Sicherheit des Gläubigers oft problematisch sein kann, trotz der Haftung des Schiffers und gegebenenfalls des Reeders oder Schiffseigners (§§ 694, 731, 752 HGB.; ebenso §§ 91, 99 BSchiffG., wo trotz einer redaktionellen Verschiedenheit des Ausdrucks in beiden Fällen Haftung des Schiffseigners nach § 7 Abs. 3 BSchiffG. besteht).

Im vorl. Falle hat der an den fraglichen Gütern materiell Interessierte, der sie aus dem Seeschiff empfangen hatte, einen Spediteur beauftragt, einen Binnenschiffahrtstransport mit der Ware auszuführen. Der Spediteur hat damit den Eigner oder Mieter einer Schute beauftragt, dem gegenüber er selbst Befrachter und Empfänger war. In der Schute und während des durch diesen Transportauftrag gedeckten Zeitraums ist ein Hilfslohnfall entstanden, für den die Güter mit Hilfslohn belastet waren. Trotzdem sind sie ausgehändigt; der Eigentümer oder Ausrüster der Schute ist unpfändbar; gegen den Schiffer, falls ein solcher auf der Schute war, wird es zwecklos gewesen sein, vorzugehen. Übrig bleibt noch ein Vorgehen gegen den Spediteur in seiner Eigenschaft als Empfänger. Die Bekl. wird dadurch, daß sie die Güter frei von Hilfslohn erhalten hat, sicher einen Vorteil gehabt haben, und wenn schließlich der Spediteur haftet, so hat er einen Rückgriff an die Bekl. Ein derartiges Suchen nach dem formell richtigen Bekl. ist eine nicht gerade erfreuliche Notwendigkeit, im Seerecht kommt sie ja aber auch sonst vor (Zeitcharter!). Nach den getroffenen Feststellungen ist das Urt. aber zweifellos richtig; auf die im Schrifttum sich findenden Erörterungen über den Ausdruck Empfänger „im technischen Sinne" und im nichttechnischen Sinne kommt es nicht an, da frachtrechtlich der Spediteur Empfänger war (vgl. hierzu Schaps-Mittelstein, Anm. 2 zu § 614 HGB.). Gesetzgeberisch dürfte die Frage einer ausführlicheren Behandlung des Ladungsgläubigerrechts und einer größeren Sicherung des Gläubigers zu erwägen sein.

RA. u. PrivDoz. Dr. M. Leo, Hamburg.

diente der Besitz jener Konnossementsurkunde nur als Legitimation gegenüber der Hamburger Kaiverwaltung bei Abholung des Gutes vom Schuppen 77 a. War aber das Frachtgut auf Grund des zwischen der Firma He. einerseits und H. andererseits über eine Beförderung auf Binnengewässern geschlossenen Frachtvertrages der Firma He. auszuliefern, so war auch im Rahmen dieser Binnenschiffsreise die letztgenannte Firma und nicht die hinter ihr stehende Bekl. Empfängerin des Gutes im entscheidenden Rechtssinne. Denn Empfänger in diesem Sinne ist derjenige, der zur Entgegennahme des beförderten Frachtgutes im eigenen Namen, wenn auch nicht für eigene Rechnung, legitimiert ist und dementsprechend das Frachtgut entgegennimmt (Empfänger im technischen Sinne; s. Düringer-Hachenburg, HGB. § 433 Anm. 8 2. Aufl.; Schaps, Seerecht 2. Aufl. § 753 Anm. 4, § 697 Anm. 1, § 614 Anm. 2 ff.; Pappenheim, Seerecht Bd. 1 § 29 S. 378 ff.; Wüstendörfer, Seefrachtvertrag Bd. 1 S. 319 ff.; RG. 41, 117 ff.). Dies war aber nach den Feststellungen des BG. für die, einen besonderen und selbständigen Transportabschnitt bildende, Binnenschiffahrtsreise ausschließlich die Firma He. Dabei ist es ohne Bedeutung, für wen das Gut, nachdem es bei der Freihafen-Lagerhaus-Ges. eingelagert war, schließlich bestimmt war. Übrigens würde auch dann, wenn dieser Gesichtspunkt in Frage käme, Bekl. nicht als Empfänger hinsichtlich des Binnenschiffahrtstransportes angesprochen werden können. Denn Bekl. hat mit dem eigentlichen Haupttransport nur als Spediteurin für Rechnung eines Dritten zu tun gehabt. Zum mindesten konnte das BG. auf Grund seiner tatsächlichen Erwägungen die Feststellung treffen, daß Kl. nicht dargetan habe, daß das Gut nach dem zwischen He. und H. geschlossenen Frachtvertrage, welcher der Unfallreise zugrunde lag, nicht an die Firma He., sondern an Bekl. auszuliefern war. Mit Recht hat auch das BG. angenommen, daß die Empfängereigenschaft der Bekl. von der Kl. zu beweisen war, da sie die Bekl. nach § 100 Abs. 2 BSchiffG. in Anspruch nimmt.

(U. v. 2. Juli 1927; 31/27 I. — Hamburg.) [Ka.]

****9.** § 11 Abs. 2 GmbHG. Keine persönliche Haftung des für die GmbH. vor ihrer Eintragung Handelnden für auf Grund seines Handelns nach der Eintragung vorgenommene Geschäfte.]

Der Bekl. betrieb in Königsberg einen Großhandel mit Kaffee, Mehl u. dgl. Er errichtete am 1. Mai 1925 mit dem Kaufmann K. eine GmbH., die am 16. Juni 1925 in das Handelsregister eingetragen wurde. Schon vor dieser Eintragung, im Mai 1925, trat er mit der Kl. in Verbindung und übernahm für die GmbH. den kommissionsweisen Verkauf der Mehlerzeugnisse der Kl. Die auf diese Weise angeknüpfte Geschäftsverbindung bestand bis Ende Dezember 1925. Seit Ende September 1925 besaß der Bekl. sämtliche Geschäftsanteile der Gesellschaft. Am 11. Jan. 1926 wurde über deren Vermögen der Konkurs eröffnet. Die Kl. nimmt den Bekl. persönlich in Anspruch für die von der Gesellschaft verkaufte Ware, soweit die Verkaufspreise nicht an sie abgeführt worden sind. Das BG. hat persönliche Haftung des Bekl. auf Grund des § 11 Abs. 2 GmbHG. angenommen. In den Entscheidungsgründen wird dazu ausgeführt: Der Bekl. habe für die damals noch nicht eingetragene GmbH. einen Kommissionsagenturvertrag abgeschlossen. Aus diesem Vertrag hafte er persönlich nach § 11 Abs. 2. Der Eintritt der GmbH. in den Vertrag habe ihn nicht von seiner Haftung befreit, sondern die Kl. habe dadurch zwei Schuldner erworben, und entlassen worden aus dem Schuldverhältnis sei der Bekl. nicht. Der Kommissionsvertrag habe bis zum Schluß unverändert fortbestanden. Der Briefwechsel ergebe klar, daß auch die letzten Lieferungen Kommissionsware sein sollten. Allerdings habe damals die Kl. sofortige Hergabe der Akzepte der Gesellschaft verlangt, aber nur deshalb, weil sie nach den Mitteilungen des Bekl. habe annehmen müssen, daß die Ware schon bei der Kundschaft untergebracht gewesen sei. Der Kommissionsvertrag sei als „Dauervertrag" zustande gekommen. Nach § 11 Abs. 2 GmbHG. sei der Bekl. persönlich haftbar für die „Geschäftsabwicklung" aus diesem Vertrag. Wenn auch die Gesellschaft als solche die Waren geliefert erhalten habe, so folge daraus doch nicht, daß der Bekl. aus seiner Verbindlichkeit entlassen werden sollte, weil die Haftungsfrage erst im Rechtsstreit aufgerollt worden und nicht anzunehmen sei, daß die Kl. vorher die Rechtslage überschaut und erwogen habe. Das BU. kann nicht bestehen bleiben. Der Vorderrichter gibt dem § 11 Abs. 2 eine Tragweite, die ihm nicht zukommt. In der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. ist für den Bekl. zutreffend ausgeführt worden, daß es darauf ankomme, wer die Einzelgeschäfte abgeschlossen hat, die im Rahmen des grundlegenden Vertrags vom Mai 1925 zustande gekommen sind. Dies ist in der Tat der entscheidende Gesichtspunkt. Die in § 11 Abs. 2 angeordnete persönliche Haftung des Handelnden kann sich ihrem Umfang nach nur beziehen auf diejenigen Verbindlichkeiten, für welche die GmbH. haften würde, wenn sie schon damals eingetragen gewesen wäre. RG. 75, 203[1]) hat dies bereits ausgesprochen und hieran ist festzuhalten. Denn die Bedeutung des § 11 Abs. 2 besteht darin, für diejenigen Geschäfte, die für die noch nicht bestehende Gesellschaft abgeschlossen worden sind, einen Schuldner zu schaffen. Ist die Gesellschaft erst einmal zur Entstehung gelangt und geht sie dann selber weitere Verbindlichkeiten ein, so ist sie nur allein daraus haftbar. Die weitergehende Auffassung des BG. würde zu unannehmbaren Folgen führen und jedes Rechtfertigungsgrundes entbehren. Danach würde der Handelnde, der für die erst später eingetragene GmbH. einen Kommissionsagenturvertrag abgeschlossen hat, auch dann haftbar gemacht werden können, wenn z. B. die GmbH. viele Jahre lang als Kommissionsagentin tätig gewesen ist und erst nach Ablauf einer langjährigen reibungslosen Geschäftsverbindung mit dem Komittenten ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommt. Der Bekl. kann also auf Grund von § 11 Abs. 2 GmbHG. nur insoweit persönlich herangezogen werden, als eine Verbindlichkeit der GmbH., wenn sie bei Abschluß des Vertrags schon bestanden hätte, begründet gewesen wäre. Alle später entstandenen Verbindlichkeiten beruhen auf eigenen Handlungen der Gesellschaft.

(U. v. 1. Juni 1927; 23/27 I. — Königsberg.) [Ku.]

****10.** Art. 9 Abs. 1 WO. Rechte des Indossatars, der den Wechsel zum Zwecke der Diskontierung erhalten hat. Grundsätzliches über den Begebungsvertrag.]

Die Kl., die sich im Besitz des eingeklagten Wechsels und des Protests befindet und diesen Wechsel als Indossantin im Rücklauf erworben hat, ist an sich regreßberechtigt. Das Recht auf die versprochene Wechselsumme ist von dem Gegenwerte der Einlösung nicht abhängig (RG.: JW. 1909, 323[27]; 1910, 716[26]). Die Kl. brauchte sich daher zur Wiedererlangung ihrer formellen Legitimation von ihrer Inkassomandatarin weder eine Zession noch ein Nachindossament geben zu lassen (RG. 114, 365[1])). In dieser Rechtsstellung als Wechselinhaberin wird ihr von den Wechselschuldnern der Einwand entgegengehalten, daß ihr Wechselrecht materiell nicht von Bestand sei, weil es zwischen ihr und ihrem Vormann G., von dem sie die Rechte aus dem Wechsel durch dessen Blankoindossament erworben haben will, an einem Begebungsvertrage fehle. Zwar habe die Kl. den von G. in blanco girierten Wechsel aus dessen Hand empfangen, aber nur mit dem Auftrage, ihn für G. bei dem Bankhaus B. & Co. diskontieren zu lassen, wofür ihr aus dem Erlös des Wechsels die Rückerstattung eines dem G. gewährten Darlehns von 5500 RM und eine Vermittlerprovision von 1500 RM versprochen worden sei. Da sie jedoch den Wechsel für G. nicht habe diskontieren lassen und dem Verlangen der Bank nachgebend ihr Giro auf den Wechsel gesetzt habe, so sei ein Begebungsvertrag zwischen ihr und G. nicht zustande gekommen. Diesem Einwand hat das LG. nachgegeben, während das BG. ihn mit tatsächlichen Erwägungen für widerlegt erachtet hat. Auf diese Feststellungen, die von der Rev. bekämpft werden, kommt es jedoch im einzelnen nicht an, da aus rechtlichen Erwägungen dem Einwande des mangelnden Begebungsvertrags nach dem eigenen Vertrage der Bekl. der Erfolg zu versagen

---

[1]) JW. 1911, 375.

[1]) JW. 1927, 46.

ist. Die Frage nach der rechtlichen Natur eines wechselrechtlichen Indossaments und seiner Erfordernisse, die in der Rspr. des RG. seither mehr nach Lage des einzelnen Falles behandelt worden ist, bedarf hier einer grundsätzlichen Klärung. Im wesentlichen herrscht seit langem in der Rspr., wie im Schrifttum, Einigkeit darüber, daß zur Übertragung des Wechsels durch Indossament nicht nur ein Skripturakt erforderlich ist, sondern daß es auch einer Begebung des Wechsels, eines sog. Begebungsvertrages, bedarf (vgl. aus neuerer Zeit RG. 87, 367[2]); 112, 202[3]); Urt. des erk. Sen. v. 22. Jan. 1926 II 480/25 und v. 29. März 1927 II 379/26[4])). Die WO. spricht in Art. 9 Abs. 1 zwar nur davon, daß der Wechsel durch Indossament übertragen werde, aber dazu gehört, wie zu jeder Rechtsübertragung, ein Vertrag, der, wie jede Wechselverpflichtung abstrakt ist, auch nur ein abstrakter Vertrag sein kann. Insoweit kann die Frage als ausgetragen gelten. Die rechtliche Natur dieses Vertrages wird aber weder dadurch, daß er im Geben und Nehmen des Wechsels beruhe (RG. 5, 82; 112, 202[5])) noch dadurch, daß es genügen soll, wenn das indossierte Papier mit dem Willen des unmittelbaren Vormannes in die Hände des Indossatars gelangt (II 379/26), erschöpfend genug gekennzeichnet. Wer mit dem Willen des Gebers einen von diesem in blanco girierten Wechsel zur Aufbewahrung empfängt, oder wer damit beauftragt ist, diesen Wechsel zur Bank zu tragen, damit diese ihn dem Auftraggeber diskontiere, gelangt zwar durch Geben und Nehmen in den Besitz des Wechsels, er erlangt aber nicht die Rechtsstellung des Wechselgläubigers und begegnet, wenn er ihn gegen den Schuldner einklagt, dem berechtigten Einwand, daß er den Wechsel nicht durch einen Begebungsvertrag erlangt habe. Es muß also zu dem bloßen einverständlichen Geben und Nehmen etwas Weiteres hinzukommen, um den Begebungsvertrag zu vollenden, und das ist die Einigung des Gebers und Nehmers, die die Rechtsübertragung ausmacht. Daß indessen diese Einigung, wenn sie ein Begebungsvertrag sein soll, die Übertragung der Wechselrechte zu eigenem Nutzen des Empfängers enthalten müsse, wie aus Art. 10 WO. („durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über, insbes. auch die Befugnis, den Wechsel weiter zu indossieren") hervorzugehen scheint, steht mit der modernen Rechtsentwicklung nicht im Einklang. Wie die Bedürfnisse des Verkehrs im bürgerlichen Recht zur Anerkennung einer Inkassozession und fiduziarischer Rechtsübertragungen geführt haben, so hat die Rspr. des RG. auch im Wechselrecht die Gültigkeit fiduziarischer Indossamente und der sogenannten Inkassoindossamente anerkannt, letztere mit der Wirkung, daß der Inkassoindossatar im Innenverhältnis nur Beauftragter ist, daß er aber nach außen als Gläubiger der ihm im Innenverhältnis fremd gebliebenen Rechte gilt, also legitimiert ist, die Gläubigerrechte auszuüben, womit es zusammenhängt, daß er sich die Einwendungen, die diesem fremden Recht entgegenstehen, gefallen lassen muß. Ein gültiger Begebungsvertrag liegt daher auch dann vor, wenn dem Empfänger des indossierten Papiers nach außen die Legitimation zur Geltendmachung ihm fremd gebliebener Rechte eingeräumt wird. Der gleichen Erscheinung begegnet man auch im Aktienrecht, wo das Indossament der Namensaktie dazu benutzt wird, dem Erwerber nur die äußere Legitimation des Rechtsinhabers zu verschaffen, um ihn instand zu setzen, die Aktienrechte auszuüben, insbes. mitzustimmen (vgl. Staubs Komm. z. HGB. 12. und 13. Aufl. zu § 222 A. 16 ff., § 223 A. 17 ff. und die dort angeführte Rspr.). Ein gleicher oder ähnlicher Rechtsgedanke wird auch bei Auslegung des § 185 Abs. 1 BGB. im Schrifttum erörtert (vgl. Oertmann, Allg. Teil 3. Aufl. zu § 185 A. 3). Nach § 185 Abs. 1 BGB. ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Bezieht sich diese Bestimmung unmittelbar zwar nur auf die Wirkung des Handelns eines Nichtberechtigten, so wird daraus doch im Schrifttum (so Enneccerus, BGB. Aufl. 22—24 I § 175; Ludewig, Die Ermächtigung 1922) eine „Verfügungsermächtigung" oder „eine Überlassung der Rechtsausübung" erblickt, ein Zeichen, daß auf allen Gebieten des Rechts die Entwicklung zu einer Anerkennung der Möglichkeit einer Übertragung der Legitimation zur Ausübung fremder Rechte drängt. Nun liegt das Rechtsverhältnis zwischen Geber und Nehmer des Wechsels beim Diskontierungsauftrag insofern anders als beim Inkassomandat, als der Beauftragte den Wechsel nicht einziehen und gegen den Schuldner einklagen, sondern eigenen Namens, aber für Rechnung des Gebers, diskontieren, also verwerten, soll. Jedoch betrifft hier wie dort der Auftrag nur das Verpflichtungsgeschäft, also den innern, kausalen Teil des Rechtsverhältnisses. Diese Seite ist auch bei dem Diskontierungsauftrag von der Verfügungsermächtigung, die die Legitimationsübertragung zum Gegenstande hat, wohl zu unterscheiden. Beide, der Inkassomandatar und derjenige, der einen Wechsel diskontieren lassen soll, sind im Innenverhältnis nur Beauftragte. Die Weiterbegebung selbst ist — wie die Einziehung — Verfügung und als solche Erfüllung oder Teil der Erfüllung des kausalen Vertrags, durch den der Beauftragte zu verfügen verpflichtet wird; die Einigung darüber, daß der Beauftragte zu verfügen ermächtigt wird, ist der Gegenstand des abstrakten Geschäfts. Macht der mit der Diskontierung Beauftragte von der ihm durch den abstrakten Vertrag eingeräumten Verfügungsbefugnis einen auftragswidrigen Gebrauch, läßt er den Wechsel, ohne ihn diskontieren zu lassen, bei sich liegen, so daß dadurch Rechte verwirkt werden, so macht er sich aus der kausalen Abmachung heraus schadensersatzpflichtig. Nicht minder handelt er auftragswidrig, wenn er den Wechsel bei einer anderen als der ihm bezeichneten Stelle diskontieren läßt, wenn er ihn der Bank zum Inkasso indossiert, anstatt ihn gegen Erlegung der Diskontsumme weiterzubegeben, wenn er von der Ermächtigung Gebrauch macht, obwohl der Auftrag widerrufen ist, oder wenn er den Wechsel unmittelbar gegen den Wechselschuldner einklagt. Das alles berührt nicht die durch das Geben und Nehmen des Wechsels zum Zwecke der Diskontierung vollzogene Einigung, daß der Beauftragte nach außen in der Rechtsstellung des Wechselgläubigers auftreten und über die Rechte des Auftraggebers verfügen soll. Daß diese Verfügungsermächtigung, die dem Beauftragten eingeräumt wird, bei dem Inkassoindossament die unmittelbare Einziehung des Wechsels, bei der Begebung zum Zwecke der Diskontierung die Weiterübertragung der Wechselrechte an die Bank zum Gegenstande hat, macht für die Bedeutung des abstrakten Vertrags als Begebungsvertrag keinen Unterschied. Durch die Einziehung, wie durch die Weiterbegebung eines Wechsels werden Befugnisse ausgeübt, wie sie nur aus der vollen rechtlichen Machtstellung eines Wechselgläubigers heraus erwachsen können. Beide setzen daher, wenn sie einem anderen zur Ausübung überlassen werden, die Einräumung dieser Machtstellung, also zum wenigsten die äußere Legitimation, als Wechselgläubiger aufzutreten, voraus. Mit der Ermächtigung zur Weiterbegebung eines Wechsels wird aber diese Machtstellung übertragen, weil die Begebung durch den Beauftragten an einen Dritten, die vollen Wechselrechte des Auftraggebers, also das Recht zur Einziehung und zur abermaligen Weiterbegebung durch den diskontierenden Empfänger, auf diesen überträgt. Es tut daher dieser Legitimationsübertragung an den Beauftragten nach außen, wenn sie die Erfordernisse eines Begebungsvertrags aufweisen soll, keinen Abbruch, wenn von dieser Legitimation nach den internen Weisungen des Auftraggebers nur ein bestimmter Gebrauch gemacht werden soll oder nach Art des Auftrags — soll dieser erfüllt werden — im Wechselvorlauf nur ein bestimmter Gebrauch gemacht werden kann. Ebenso, wie der Inkassomandatar nur zur Einziehung des Wechsels ermächtigt, seine Befugnis zur Weiterbegebung aber ausgeschlossen werden kann, ohne daß diese Einschränkung für den Begebungsvertrag von Bedeutung wäre, hindert die in der Natur des Diskontierungsauftrages liegende Ermächtigung an den Beauftragten, den Wechsel nur an die Bank weiterzubegeben, nicht, daß sich in der Einräumung dieser Verfügungsermächtigung seine äußere Legitimation als Wechselgläubiger überhaupt dokumentiert. Der Einwand, daß es an dieser Legitimationsübertragung hier fehle, weil die Kl. den Wechsel ohne Einverständnis ihres Vormannes mit ihrem Giro versehen habe, widerstreitet dem unbestrittenen Sachverhalt. Denn danach war der Zweck der ganzen Abmachung zwischen der Kl. und G., dem letzteren Geld zu ver-

[2]) JW. 1916, 264. [3]) JW. 1926, 1548. [4]) JW. 1927, 1681. [5]) JW. 1926, 1548.

schaffen, und dazu die Beziehungen der Kl. zu dem Bankhaus B. & Co. und ihr Guthaben bei dieser Bank oder einer Sparkasse nutzbar zu machen. Wer aber als Kaufmann einen Wechsel nicht selbst unterbringen kann, weil seine oder andere auf dem Wechsel befindliche Unterschriften der Bank nicht genügen, und daher einen Dritten in Anspruch nimmt, weiß, daß die Verwertung des Wechsels nicht ohne das Giro des Beauftragten erfolgen kann. Es liegt daher, wie regelmäßig, so auch hier, daß derjenige, der einen in blanco girierten Wechsel zur Diskontierung erhält, damit den Auftrag übernimmt, ihn in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung, zu verwerten. Nur für diese Abrechnung unter den Parteien des Auftrages hat der Brief von G. an die Bank v. 20. Jan. 1926, den die Rev. für ihren Standpunkt anruft, Bedeutung. Durch die im Schrifttum (Staub-Stranz 11. Aufl. Art. 9 A. 3, 82 A. 13) vertretene Auffassung, der Diskontierungsauftrag sei kein Begebungsvertrag, wer den Wechsel nur mit dem Auftrage erhalte, ihn diskontieren zu lassen, werde nicht Eigentümer des Wechsels, auch wenn er sich aus dem Erlös bezahlt machen solle, wird die Frage des Begebungsvertrags nicht geklärt. Wer verneint, daß derjenige, der für seinen Auftraggeber einen Wechsel eigenen Namens weiter begeben soll und zu diesem Zwecke einen in blanco girierten Wechsel empfängt, einen Begebungsvertrag schließe, müßte folgerichtig auch den Schuldner zum Einwande des mangelnden Begebungsvertrags für berechtigt halten, wenn der mit der Diskontierung Beauftragte auftragsgemäß gehandelt hat, den Wechsel im Regreßwege — ohne Deckung — hat einlösen müssen und ihn nun gegen die Regreßverpflichteten einklagt. Denn seine Rechtslage ist, wenn er selbst regreßpflichtig gemacht wird, die, daß er dem ihn belangenden Wechselgläubiger gegenüber, wenn dieser gutgläubig war, den Mangel seines eigenen Begebungsvertrags zwischen ihm und seinem Vormann überhaupt nicht einwenden kann, also gegen Regreßansprüche nicht geschützt ist (RG. 112, 202 [6])). Das Recht aber, das er selbst durch die Einlösung erlangt, erwächst ihm nicht aus der Nachfolge in das Recht des rückgriffnehmenden Inhabers, ist also kein neues, sondern die zurückerworbene Forderung ist nur die alte, ihm vor der Indossierung zu eigen gewesene, und wenn er sie geltend macht, so kann der Schuldner ihm, wie im Wechselvorlauf, so auch im Rücklauf, den Einwand entgegenhalten, daß er nicht durch einen gehörigen Begebungsvertrag in den Besitz des Wechsels gelangt sei, auch wenn dieser Einwand gegen die Nachmänner des mit der Diskontierung Beauftragten wirkungslos geworden ist. Das Recht auf Zahlung der Wechselsumme gegen die Wechselverpflichteten setzt also auch beim Rückgriff des Indossanten einen gültigen Begebungsvertrag zwischen ihm und seinem Vormann voraus. Daß aber derjenige, der auftragsgemäß den Wechsel mittels eigenen Giros hat diskontieren lassen, diesem Einwande nicht wohl ausgesetzt sein kann, wird nicht zu bestreiten sein. Das beruht aber nicht darauf, daß er seinen Auftrag erfüllt hat, weil dieser nur die innere, kausale Seite seines Rechtsverhältnisses zu seinem Vormanne betrifft, sondern daß er den Wechsel mittels Begebungsvertrages erlangt hat, der ihm nach außen in Verbindung mit dem Blankoindossament seines Vormannes die Legitimation zur Geltendmachung der ihm fremd gebliebenen Wechselrechte verschafft hat. Dieser Begebungsvertrag vollendet sich nicht etwa erst durch die Erfüllung des Auftrags, sondern er wird zeitlich und begrifflich bei der aus der Handgabe des Wechsels, bei seiner Begebung, geschlossen und verträgt als Bestandteil des Indossaments keine Bedingung oder Zeitbestimmung. Dieser Begebungsvertrag ist es, auf dem die materielle Legitimation des einlösenden Indossanten beruht, und wenn er nunmehr die Wechselforderung einklagt, so macht er nur von der Rechtsstellung Gebrauch, die er von vornherein durch den mit dem Diskontierungsauftrag verbundenen Begebungsvertrag nach außen erlangt hat und die — zunächst — nicht zur Einziehung des Wechsels und zur Klage gegen die Verpflichteten führen, sondern sich nur in der Weiterübertragung des Wechsels an die Bank auswirken sollte. Steht sonach die Einrede jedweder auftragswidrigen Ausführung des Geschäfts nur dem unmittelbaren Vormann der Kl. zu, so ist alles, was die Bekl. gegen die Klageforderung vortragen, sofern es nicht von vornherein unbegründet ist, eine unzulässige Einrede aus dem Rechte eines Dritten, weil es in Verkennung der Tragweite der kausalen Abmachung zwischen der Kl. und G. den Begebungsvertrag aus Gründen der Nichterfüllung des Auftrags zu verneinen sucht. Hat also insbes. die Kl., anstatt gegen Erlegung der Diskontsumme nur mittels Inkassoindossaments über den Wechsel verfügt, so ist das für die Frage nach dem Begebungsvertrage zwischen ihr und G. unerheblich. Daher kann die Rev. mit dem Einwande des mangelnden Begebungsvertrags keinen Erfolg haben. In zweiter Linie hält das OLG. den Einwand, die Bekl. hätten ihre Wechselunterschriften nur aus Gefälligkeit gegen den Vormann der Kl., G., abgegeben, für möglich, aber für widerlegt. Daß er möglich sei, ist eine rechtsirrige Auffassung. Denn der Zeichner eines Gefälligkeitsakzepts oder eines Gefälligkeitsgiros geht mit der Abgabe seiner Unterschrift eine ihn dem dritten Erwerber gegenüber bindende Wechselverpflichtung ein, und es ist gerade der Inhalt seiner Gefälligkeit, daß durch seine Verpflichtungserklärung der Wechsel zirkulationsfähig gemacht oder sein Kreditwert erhöht werden soll. Weiß der dritte Erwerber, daß der Wechselgeber sich dem Nehmer nur im Vertrauen darauf verpflichtet hat, daß dieser ihn von seiner Wechselverbindlichkeit freihalten werde, so steht diese Kenntnis den Rechten des dritten Erwerbers nach ständiger Rspr. des RG. nicht im Wege, weil sie allein den Einwand der Arglist nicht begründen kann. Die Rev. ist der Meinung, daß die Kl. auf die Mitteilung von G., daß die anderen auf dem Wechsel unterschriftlich beteiligten Personen die Sache rein gar nichts angehe, den Wechsel nur unter Ausschluß des Rechts erworben habe, diese Personen in Anspruch zu nehmen. Diese Meinung ist irrig. Daß die Kl. bei der Wechselbegebung zugunsten der Bekl. die Verpflichtung übernommen hätte, sie nicht zu belangen, hat das OLG. nicht festgestellt. Wovon es ausgeht, ist nur, daß die Mitteilung von G. an die Kl. über seine Rechtsbeziehungen zu den Bekl. keine andere Bedeutung gehabt haben, als die, der Kl. die Kenntnis zu vermitteln, daß die Bekl. nur als Gefälligkeitsschuldner gezeichnet hätten, und daß G. beabsichtige, den Wechsel selber einzulösen. Ein vertraglicher Verzicht auf den Rückgriff gegen die übrigen Wechselschuldner, mit Wirkung zu deren Gunsten, ergibt sich aus dieser Feststellung nicht. Die zweite Rüge ist daher schon aus diesem Grunde hinfällig, und es bedarf daher keines Eingehens auf die Revisionsrügen, die sich gegen die Feststellung wenden, daß ein Gefälligkeitsakzept und Gefälligkeitsgiros gegenüber G. nicht vorgelegen hätten.

(U. v. 6. Mai 1927; 502/26 II. — Karlsruhe.) [Ku.]

**11. § 88 EVO.; § 457 HGB. Berechnung des gemeinen Handelswerts einer Monopolware. Verkaufs- nicht Selbstkostenpreis.] †)

(U. v. 21. Mai 1927; 10/27 I. — Breslau.) [Ka.]

Abgedr. JW. 1927, 1857.

---

[6]) JW. 1926, 1548.

Zu 11. § 62 BranntwMonG. v. 12. April 1922 (RGBl. I, 405) setzt Preise für den vom Reichsmonopolamt übernommenen Branntwein fest, §§ 84 ff. den Preis, den die Reichsmonopolverwaltung für den von ihr durch Verkauf verwerteten Branntwein zu berechnen hat, wobei zwischen dem zu regelmäßigen Verkaufspreisen abgesetzten und dem zur Herstellung von Monopolerzeugnissen verwendeten Branntwein unterschieden wird. Nach § 85 müssen dabei außer einer „Hektolitereinnahme" und dem Übernahmepreis gedeckt sein:

1. die sämtlichen Verwaltungs- und Geschäftskosten einschl. des Besoldungsaufwandes für die Beamten der Reichsmonopolverwaltung;

2. die Beträge, die nach § 118 dem RFM. jährlich zur Verfügung zu stellen sind zur Bekämpfung der Trunksucht, zur Erforschung und Förderung des Kartoffelbaues und der Kartoffelverwertung, zur Ermäßigung der Kosten für weingeisthaltige Heilmittel, zur Bildung eines Unterstützungsfonds für Angestellte und Arbeiter des Branntweingewerbes, zur Verbilligung des in Kranken-, Lehr- und Forschungsanstalten verwendeten Branntweins;

3. die nach dem früheren BranntwMonG. v. 26. Juli 1918 zu zahlenden Entschädigungsbeträge.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß als der gemeine Handelswert (§ 457, ebenso §§ 430, 611 HGB.) nicht der Übernahmepreis gelten kann, zu dem die Monopolverwaltung den Branntwein erwirbt, sondern der, zu dem sie ihn auf den Markt gibt. Das Bemerkenswerte der Entsch. liegt nicht hierin, sondern darin, daß sie von diesem Preise

12. **Die VO. über den Verkehr mit Arzneimitteln v. 22. Okt. 1901 ist Schutzgesetz i. S. § 823 Abs. 2 BGB. — Keine vorbeugende Unterlassungsklage, wenn die zu unterlassende Handlung schon mit Strafe bedroht ist (außer u. U. gegen Vereine). — Außerhalb des UnlWG. kann diese Klage nur vom Verletzten selbst, nicht auch von Verbänden erhoben werden, die den wirtschaftlichen oder gewerblichen Schutz der Verletzten zur Aufgabe haben.]†)**

Der bekl. Biochemische Verein gibt an seine Mitglieder als Heilmittel in Tablettenform elf „biochemische Funktionsmittel" (Salze) ab, die in dem von Dr. Sch. 1924 herausgegebenen Schriftchen „Was ist Biochemie?" aufgeführt sind. Die Tabletten bestehen aus Milchzucker, dem für jede Tablette eines der in dem Schriftchen aufgezählten Salze durch ein sorgfältiges Verreibungsverfahren in kleinsten Mengen beigemischt ist. Die Kl., der Apothekerverein in D. und der Apotheker L., die sich dadurch geschädigt fühlen, haben Klage auf Unterlassung erhoben. Beide Klagen wurden vom LG. verbunden. Nach dem Klageantrag sollte der Bekl. verurteilt werden, es zu unterlassen, die elf Mittel selbst abzugeben oder durch dritte Personen abgeben zu lassen, die in dem Buch „Was ist Biochemie?" enthalten sind, sei es, daß die Mittel im einzelnen oder im Zusammenhang abgegeben werden. Beide Instanzen haben i. S. dieses Antrags erkannt. Der bekl. Verein hat Rev. eingelegt. Soweit die Rev. sich gegen den Kl. L. richtet, konnte ihr kein Erfolg zuteil werden. Das BG. führt aus: Nach § 1 der auf Grund des § 6 Abs. 2 RGewO. erlassenen Kaiserl. VO. v. 22. Okt. 1901 über den Verkehr mit Arzneimitteln und nach Ziff. 4 des ihr beigegebenen Verzeichnisses A sei es verboten, trockene Gemenge von Salzen oder zerkleinerten Substanzen, sowie Verreibungen jeder Art ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht, als Heilmittel außerhalb der Apotheken feilzuhalten oder zu verkaufen. Als solche Verreibungen seien die nach der Schrift von Sch. aus einem kunstvollen Verreibungsverfahren hervorgehenden elf Funktionsmittel des bekl. Vereins zu betrachten. Daran vermöge die Tablettenform, die ihnen der Bekl. gebe, nichts zu ändern. Daher sei es belanglos, ob sie „aus künstlichen Mineralquellsalzen bereitete" Pastillen oder Tabletten darstellen, oder als Tabletten schon ihrer Form wegen nach Nr. 9 des Verzeichnisses A dem Verkehr außerhalb der Apotheken auch für Krankenkassen, Genossenschaften, Vereine gegenüber ihren Mitgliedern entzogen seien (§ 1 Abs. 2 der VO. über den Verkehr mit Arzneimitteln v. 27. März 1925 [RGBl. 40]). Jedenfalls seien sie weder aus natürlichen Mineralwässern bereitet noch den solchergestalt bereiteten Salzen nachgebildet. Darin sei dem Gutachten des Sachverständigen K. beizutreten. Der Streit, der über die Zulässigkeit der Abgabe solcher Heilmittel außerhalb der Apotheken seit langem bestehe, sei dem Bekl. bekannt gewesen. Gleichwohl habe er auf die Gefahr hin, sich dadurch einer nach § 367 Nr. 3 StGB. strafbaren Handlung schuldig zu machen, die elf Funktionsmittel vor wie nach der Erlassung der VO. v. 27. März 1925 an seine Mitglieder abgegeben und dabei mindestens mit sog. dolus eventualis gehandelt. Nr. 4 des Verzeichnisses A sei i. Verb. mit § 6 Abs. 2 RGewO. als ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen, das auch den Schutz der Apothekenbetriebe bezwecke. Daher sei dem Kl. L. ein Anspruch auf Unterlassung der ihm auch für die Zukunft drohenden schädlichen Konkurrenz des Bekl. nicht abzusprechen. Der strafrechtliche Schutz des § 367 Nr. 3 StGB. stehe der Unterlassungsklage nicht entgegen, weil diese hier gegen einen Verein gerichtet sei, der nur in seinen Vorstandsmitgliedern, aber nicht selbst zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden könne. Dagegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Die Feststellung des BG., daß die elf Funktionsmittel des bekl. Vereins nach der Art ihrer Herstellung „Verreibungen" i. S. der Nr. 4 des Verzeichnisses darstellen, liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist deshalb der Nachprüfung durch das RevG. entzogen. Die Ergebnisse dieses Verreibungsverfahrens können ebensogut zu Pulvern wie zu Pastillen oder Tabletten geformt werden. In beiden Formen sind sie schon als „Verreibungen" dem freien Handel entzogen, sofern sie nicht unter eine der zu Nr. 4 oder 9 des Verzeichnisses vorgesehenen Aus-

---

die Hektolitereinnahme abzieht, weil sie nur von dem wirklich vereinnahmten, nicht aber von verlorengegangenem Branntwein bezahlt werde. Das RG. wendet hier die Grundsätze der Vorteilsausgleichung an. Fraglich ist doch wohl, ob damit nicht ein Keil in die Bestimmungen über die Festsetzung des frachtrechtlichen Schadensersatzes getrieben wird. Man geht bei der Auslegung dieser Bestimmungen (mindestens überwiegend und jedenfalls mit Recht) davon aus, daß die Höhe des wirklichen Schadens gleichgültig sei; in der Regel stellen diese Regeln den Befrachter ungünstiger als bei vollem Schadensersatz, er kann aber auch einmal durch sie begünstigt werden. Dem beugt das RG. für den vorl. Fall vor.

Allerdings geht in gewisser Weise das Gesetz selbst diesen Weg und eröffnet in beschränktem Umfang die Möglichkeit einer Berücksichtigung der konkreten Umstände: nach §§ 430, 611 HGB., § 26 BSchiffG. sind im gewöhnlichen Landtransport wie im Seerecht und in der Binnenschiffahrt vom Werte am Ort und zur Zeit der Ablieferung abzuziehen die ersparten Zölle und sonstigen Kosten, denen § 611 die Fracht ausdrücklich hinzufügt; im Eisenbahnrecht sind nach § 457 HGB. dem Wert am Ort und zu der Zeit der Absendung hinzuzurechnen die bezahlten Zölle, sonstigen Kosten und Frachten (wobei nebenbei bemerkt den schon bezahlten Beträgen die noch zu bezahlenden und nur gestundeten gleichzusetzen sein werden). Das ist bereits eine Art Vorteilsausgleichung. Für die Anwendung entsprechender Grundsätze im vorl. Falle könnte auch die Fassung des § 84 unterstützend in Betracht kommen.

Man wird sich aber davor hüten müssen, nun diese Grundsätze der Vorteilsausgleichung auch da anzuwenden, wo eine Rechtsähnlichkeit mit Kosten, Zöllen, Frachten u. dgl. nicht besteht. Damit würde man die Grundsätze der abstrakten Schadensberechnung sprengen. So ist denn schon aus diesem Grunde z. B. eine Anrechnung von Versicherungsgeldern abzulehnen (vgl. z. B. Schaps, 2. Aufl., Anm. 8 zu § 611).

RA. PrivDoz. Dr. M. Leo, Hamburg.

Zu 12. A. Daß die von dem bekl. Verein abgegebenen biochemischen Funktionsmittel in Tablettenform unter die Kaiserl. VO. v. 22. Okt. 1901 betr. den Verkehr mit Arzneimitteln fallen, und einer der Ausnahmefälle des Verzeichnisses A unter Nr. 4 oder Nr. 9 d. VO. v. 27. März 1925 nicht vorliege, daß mithin biochemische Tabletten keine aus künstlichen Mineralquellsalzen bereiteten Pastillen oder solche Salze sind, welche aus natürlichen Mineralwässern bereitet oder solchen Salzen nachgebildet sind, ist kurz zuvor durch ein Urt. d. KG. v. 20. Nov. 1926, II S 534/26 rechtskräftig festgestellt worden. Es scheint, daß dieses Urt. d. KG. nicht vorgetragen wurde.

Das KG. hat dort, gestützt auf ein Obergutachten von Prof. Dr. Griebel, dargetan, daß Mineralquellen, die nur einen Stoff gelöst erhalten, kaum an einem Orte der Erde existieren dürften und daß die einschlägigen Analysen solcher Quellen ohne Ausnahme eine Vielheit von Salzen ergeben. Mit Recht hat die vorl. RGEntsch. dargetan, daß die Funktionstabletten des Bekl., welche nur ein einziges Salz enthalten, den aus natürlichen Mineralwässern bereiteten nicht nachgebildet, ja, nicht einmal ähnlich sein können.

In tatsächlicher Beziehung ist daher dem RG. unter Bezugnahme auf die Feststellung des KG. v. 20. Nov. 1926 beizupflichten, wenn es dartut, daß der Vorderrichter den Begriff des Bereitens von Tabletten aus künstlichen Mineralquellsalzen i. S. der einschlägigen Bestimmungen nicht verkannt hat.

In rechtlicher Beziehung wird in erster Linie zu prüfen sein, ob die im Urt. angez. VO. v. 22. Okt. 1901 u. 27. März 1925 Schutzgesetze i. S. § 823 Abs. 1 BGB. sind. Die Frage ist bedenkenlos zu bejahen. Daß diese Auffassung ständige Rspr. d. RG. und herrschende Lehre ist, folgt allein daraus, daß die VO. betr. den Verkehr mit Arzneimitteln im RGRKomm. zu § 823 ausdrücklich erwähnt ist. Dem RG. ist auch beizupflichten, wenn es annimmt, daß diese VO. einmal dem Schutz des arzneisuchenden Publikums im Interesse der Versorgung mit einwandfreien Arzneimitteln dient, daß daneben auch der Schutz des Apothekengewerbes bezweckt ist, als Auswirkung des Schutzsystems, das auf dem Erfordernis eines wirtschaftlich gesunden und tunlichst unabhängigen Apothekerstandes beruht. Hinzuzufügen wäre noch, daß die VO. auch insoweit die Bekämpfung des Kurpfuschertums bezweckt. Auch die Feststellung des RG., daß eine Unterlassungsklage nicht gegeben ist, wenn eine strafrechtliche Verfolgung einsetzen kann, ist wiederholt vom RG. entschieden. Bei der Begründung wird davon ausgegangen, daß der Strafantrag des Staates allein genügen muß, um den Rechtsanspruch bzw. Rechtsschutz herzustellen. Würde man daneben noch einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch annehmen, so würde dadurch das Ausreichen des staatlichen Strafanspruches bezweifelt werden, was im Interesse der Staatsautorität nicht geschehen darf. Das wird näher ausgeführt RG. 98, 39 und in den dort zit. Ausführungen.

Richtig ist auch die weitere Ausf. d. RG., wonach diese Grundsätze keine Anwendung finden, wenn die Unterlassungsklage sich

nahmen fallen. Daß es überflüssig gewesen wäre, die Tabletten, wenn sie bereits als triturationes den Apotheken vorbehalten seien, unter Nr. 9 des Verzeichnisses als Tabletten noch einmal besonders vom freien Handel auszuschließen, kann der Rev. nicht zugegeben werden; denn es ist weder festgestellt noch ersichtlich, daß die unter Nr. 9 genannten Tabletten nur aus einem sog. pharmazeutischen Verreibungsverfahren i. S. der Nr. 4 hervorgehen können. Freigegeben sind solche Verreibungen nach Ausnahme 6 zu Nr. 4 des Verzeichnisses, wenn sie aus natürlichen Mineralwässern bereiteten Salzen „nachgebildet" sind. Die Rev. meint, daß diese Voraussetzung auf die „Funktionsmittel" des bekl. Vereins zutreffe, weil jedes der von ihm verwendeten elf Einzelsalze in irgendeinem natürlichen Mineralwasser vorkomme. Diese Auffassung hat der BR. mit Recht als abwegig betrachtet. Denn jedes natürliche Mineralwasser enthält eine größere Anzahl von Salzen, und es bleibt beim Eindampfen, wenn auch einige verloren gehen, immer noch ein Gemenge verschiedenartiger Salze als Mineralquellsalz vorhanden. Um diesen aus natürlichen Mineralwässern bereiteten Salzen „nachgebildet" zu sein, müßten also die elf Funktionsmittel des Bekl. wenigstens die wesentlicheren Salzbestandteile irgendeines Mineralquellsalzes aufweisen. Da sie aber alle nur je ein einziges Salz enthalten, konnte das BG. ohne Rechtsirrtum mit dem Sachverständigen annehmen, daß sie den aus natürlichen Mineralwässern bereiteten Salzen nicht „nachgebildet", ja ihnen nicht einmal ähnlich sind. Dadurch erklärt es sich auch, daß der bekl. Verein von keinem seiner Funktionsmittel angegeben hat, welchem Mineralquellsalz es nun eigentlich „nachgebildet" sein soll. Als „Tabletten" könnten die Funktionsmittel an die Mitglieder des bekl. Vereins abgegeben oder sonst feilgehalten werden, wenn sie aus „künstlichen Mineralquellsalzen" (Ausnahme 1 zu Nr. 9 des Verzeichnisses) bereitet wären. Ob diese Voraussetzung hier zutrifft, hat das BG. allerdings dahingestellt gelassen. Aber das vermag den Bestand des BU. nicht zu gefährden; denn es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß unter den zu Nr. 9 erwähnten „künstlichen Mineralquellsalzen" etwas anderes zu verstehen sein soll als Salze i. S. der Ausnahme 6 zu Nr. 4, die aus natürlichen Mineralwässern bereiteten Salzen „nachgebildet" sind. Danach ist die Auffassung des BG., daß die Abgabe der sog. Funktionsmittel an die Mitglieder des bekl. Vereins eine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. darstelle, rechtlich nicht zu beanstanden. Ob es zulässig ist, die VO. v. 22. Okt. 1901 i. Verb. m. § 6 Abs. 2 RGewO. als Schutzgesetz i. S. dieser Bestimmung anzusehen, hat RG. 77, 221 f. offengelassen. Der erk. Sen. trägt kein Bedenken, die Frage zu bejahen. Das Schutzgesetz braucht nicht zugleich ein Strafgesetz zu sein (RG. 51, 179 Abs. 1; 63, 327 Abs. 2). Es genügt, wenn ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen und ein Schutz gegen Rechtsgefährdungen beabsichtigt ist (JW. 1906, 780[48]). Ein „Verbot", bestimmte Zubereitungen außerhalb der Apotheken als Heilmittel feilzuhalten, ist in den §§ 1 und 2 der VO. i. Verb. m. den ihr beigegebenen Verzeichnissen enthalten. Daß dieses Verbot zugunsten der Apotheken wirkt, ist nicht zu bezweifeln. Aber es wird angenommen werden müssen, daß es nach der Absicht des Gesetzgebers diese Wirkung auch haben soll. Denn es liegt nahe, daß der Gesetzgeber dem nicht unwichtigen Apothekergewerbe, das in allen Ländern des Reichs konzessionspflichtig und mit wesentlichen Auflagen belastet ist, in gewissem Umfange ein bestimmtes Absatzgebiet sichern und die alten, finanziell wertvoll gewordenen Apothekerprivilegien schützen wollte, und daß deshalb die Kaiserl. VO. neben dem Wohle der Gesamtheit und des einzelnen Heilbedürftigen auch diesen Schutz der Apothekenbesitzer bezweckt (RGRKomm. 5. Aufl. § 823 BGB. Anm. 14). Einzuräumen ist der Rev., daß die vorbeugende Unterlassungsklage nach der in RG. 77, 222[1]) zum Ausdruck gekommenen Rspr. des RG. wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses im allgemeinen (RG. 98, 39 Zeile 10) dann zu versagen ist, wenn die Handlung, auf deren Unterlassung im Wege des Zivilprozesses geklagt werden soll, durch ein Strafgesetz mit Strafe bedroht ist. Aber das trifft nicht zu, wenn wie hier die Unterlassungsklage sich gegen einen Verein richtet und nur eine strafrechtliche Übertretung (§ 367 Nr. 3 StGB.) in Frage steht. Denn der Verein als solcher kann nicht strafrechtlich belangt werden, und für Übertretungen ist das sog. Legalitätsprinzip seit 1. April 1924 durch § 153 StPO. (RGBl. 338) erheblich eingeschränkt. Noch weiter geht der 2. ZS. in seiner zum Abdruck bestimmten Entsch. II 317/26 v. 15. Febr. 1927[2]). Damit sind die Bedenken der Rev. gegen die Anwendbarkeit der VO. v. 22. Okt. 1901, gegen deren Behandlung als Schutzgesetz, und gegen die Zulässigkeit der Unterlassungsklage ausgeräumt. Danach muß die Rev., soweit sie sich gegen den Kl. L. richtet, zurückgewiesen werden. Anders verhält es sich mit der Klage des Apothekervereins. Dieser ist, wenn er auch die wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen hat, doch nicht mit der Gesamtheit derselben identisch, und kommt auch sonst nicht als „geschädigt" in Frage. Das trifft allerdings auch auf die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen zu, denen das UnlWG. (§ 13) gleichwohl einen Anspruch auf Unterlassung verleiht. Aber auch innerhalb dieses Ges. sind den Verbänden Grenzen gesetzt, die von den Gerichten beachtet werden müssen (RG. 79, 325 Abs. 2). Abgesehen davon ist den Verbänden die in § 1 UnlWG. a. F. bezeichnete Unterlassungsklage weniger ihrer Mitglieder wegen, als im allgemeinen Interesse, zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs verliehen worden. Denn es heißt in der Begründung des Entwurfs: „Um die Unterdrückung einer unter die Vorschrift fallenden Reklame nicht völlig von dem Entschluß eines einzelnen Mitbewerbers abhängig zu machen, will der Entwurf die gleichen Befugnisse — die Unterlassungsklage — auch den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit sie als Partei in Zivilprozessen auftreten können, beilegen, und zwar ohne Unterscheidung, ob ein solcher Verein den Schutz des durch die Reklame betroffenen Gewerbezweigs sich zur besonderen Aufgabe macht oder Ziele allgemeiner Art verfolgt." (RTDrucks. 1895/96 IV. Sess. Nr. 35 S. 13 f.). Jedenfalls beruht diese den Verbänden eingeräumte Unterlassungsklage auf einem besonderen Gesetz, auf das sich der klagende Verein nicht berufen kann, weil hier die Voraussetzungen des UnlWG. nicht vorliegen und die Klage auch gar nicht darauf gestützt ist. Die nicht auf dem UnlWG. beruhende, sondern von der Rspr. entwickelte sog. vorbeugende Unterlassungsklage ist nie einem anderen Rechtssubjekt, als dem gegen Wiederholungen zu schützenden Verletzten zuerkannt worden. Daran ist festzuhalten. Es geht nicht an, wie der BR. es versucht, einen für das UnlWG. ausgesprochenen und dort genau begrenzten Rechtsgedanken auf das bürgerliche Recht zu übertragen und auch hier — ohne gesetzliche Grundlage und ohne feste Abgrenzung — allen möglichen Verbänden im Interesse der Gesamtheit

---

gegen einen Verein richtet, gegen den eine strafrechtliche Verfolgung nicht möglich ist.

Alsdann stellt das RG. noch in rechtlicher Beziehung den Grundsatz auf, daß das Vorbringen der Unterlassungsklage nur dem Verletzten möglich ist, nicht aber vorliegendenfalls dem mitklagenden anhaltischen Apothekerverein. Es geht davon aus, daß die Legitimation von Verbänden zur Förderung gemeinsamer Interessen aus § 13 UnlWG. sich nur auf den Sonderfall des UnlWG. erstreckt.

Zwar kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der klagende Apothekerverein die Förderung gewerblicher Interessen seiner Mitglieder bezweckt. Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß er als solcher in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen kann, denn der Apothekerverein besitzt die aktive Parteifähigkeit, er ist rechtsfähig.

Es steht auch fest, daß die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, wie der vorliegende, innerhalb des Verbandszweckes liegt (RG. 105, 380 = JW. 1923, 926). Da aber nach der Auffassung des RG. es sich um keinen Klageanspruch handelt, welcher im unlauteren Wettbewerb begründet ist, und um keine Klage, welche auf unlauteren Wettbewerb gestützt ist, und da eine Ausdehnung der Klagelegitimation auf solche Fälle, die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sind, nicht als zulässig scheint, so mußte die Klage des Vereins zur Abweisung gelangen. Diese Ausführungen des RG. sind nicht zu widerlegen. De lege ferenda wird aber aus wirtschaftlichen Gründen, weil die Durchführung eines umfangreichen Rechtsstreits bis zur letzten Instanz wohl einem Verein, nicht aber immer dem Berechtigten oder Verletzten möglich sein wird, eine Ausdehnung der Unterlassungsklage schlechthin auf Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen anzustreben sein. RA. Dr. Adolf Hamburger, Berlin.

B. Vgl. zur Frage der Zulässigkeit der Unterlassungsklage auch RG.: JW. 1927, 1471 nebst Anm. v. Matthiessen und Endemann: JW. 1927, 1997 ff.

[1]) JW. 1911, 931. [2]) JW. 1927, 1471.

oder eines Teils ihrer Mitglieder eine Unterlassungsklage wegen beliebiger, eine Wiederholungsgefahr mit sich bringender, rechtswidriger Eingriffe in ein geschütztes Rechtsgut ihrer Mitglieder zu gewähren (RG. 79, 324 Nr. 2[3]) Abs. 1 und 325 Abs. 2). Daher muß insoweit das BU. mit dem ihm zugrunde liegenden landgerichtlichen Urteil aufgehoben und die Klage des Apothekervereins abgewiesen werden.

(U. v. 20. Juni 1927; 860/26 IV. — Naumburg.) [Ka.]

3. Stempelrecht.

13. TarNr. 15 Abs. 1, 3 PrStStG. Stempelpflicht für die Beurkundung der Sicherstellung von Rechten.]

Die besteuerte Urkunde lautet: „Für alle Forderungen, welche Ihnen ... aus der Gewährung von Krediten irgendwelcher Form oder Art ... jetzt oder künftig zustehen mögen, übernehmen wir hierdurch die Bürgschaft als Selbstschuldner, und zwar bis zu einem Kapitalbetrage von 5000 RM zuzüglich Zinsen, Schäden, Provisionen und Kosten, auch soweit solche durch Saldofeststellung im Kontokorrent Kapitalschuld geworden sind.“ Sie enthält die Beurkundung einer Sicherstellung von Rechten und unterfällt deshalb der TarNr. 15 PrStStG. Der Stempel beträgt nach Abs. 1 daselbst regelmäßig $^1/_{10}$ v. H. des Werts der sichergestellten Rechte. Er würde sich also, wenn der Höchstbetrag der Bürgschaft zugrunde gelegt und der Stempel gemäß § 6 Abs. 2 PrStStG. nach diesem Höchstbetrage berechnet würde, auf 5 RM belaufen. Hier greift indessen Abs. 3 der TarNr. 15 ein. Es heißt dort: „Der Stempel darf in keinem Falle den für die Beurkundung des sicherzustellenden Rechtes zur Erhebung gelangenden Stempel übersteigen.“ Danach muß eine Beurkundung des sicherzustellenden Rechtes als geschehen angenommen, und es muß untersucht werden, wie diese Urkunde zu verstempeln gewesen wäre. Der so ermittelte Stempelbetrag bildet die Höchstgrenze, welche der Stempel für die Sicherstellung nicht überschreiten darf. Die Urkunde über das sicherzustellende Recht würde die Schuldurkunde der Firma G. W. über den künftig zurückzuzahlenden Betrag gewesen sein und dahin gelautet haben, daß die Firma sich verpflichte, einen ihr von der Kl. bis zur Höhe von 5000 RM eingeräumten Kredit zurückzuzahlen. Das wäre eine Schuldverschreibung, die an sich unter TarNr. 14 Abs. 1 PrStStG. fiele, die aber gemäß Satz 2 daselbst als Urkunde, in welcher „der Betrag der verschriebenen Schuld nur dem Höchstbetrage nach bestimmt ist“, dem Stempel dieser Tarifstelle nicht unterworfen wäre. Sie würde also nur mit dem allgemeinen Vertragsstempel der TarNr. 18 Abs. 2 zu belegen sein, d. h. mit einem Stempel von 3 RM. Deshalb darf auch für die Urkunde über die Sicherstellung der Schuld kein höherer Stempel erfordert werden. Das BG. kommt zu einem abweichenden Ergebnis lediglich deshalb, weil die Schuld der Firma G. W. sich am Tage der Bürgschaftserklärung bereits auf 5000 RM belief. Diese Tatsache darf vorliegend indessen nicht berücksichtigt werden, denn die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde richtet sich gemäß § 3 Abs. 1 PrStStG. nach ihrem Inhalt und nur nach ihrem Inhalt; Ausnahmen müssen besonders zugelassen sein (vgl. RG. v. 13. Mai 1927, VI 65/27[1])). Eine Ausnahmevorschrift ist für den hier zu entscheidenden Fall nicht gegeben, deshalb behält es bei dem Inhalt der Urkunde und bei dem daraus sich ergebenden Wortlaut der als ausgestellt anzusehenden Schuldverschreibung sein Bewenden. Der Bekl. beruft sich für die von ihm vertretene Ansicht auf die Verfügung des preuß. Finanzministers v. 25. Sept. 1925 (JMBl. 367). Es ist richtig, daß auch hier entscheidender Wert auf die tatsächliche Höhe der gesicherten Schuld zur Zeit ihrer Sicherstellung gelegt wird, die Verfügung des Finanzministers steht aber insoweit mit § 3 Abs. 1 PrStStG. in Widerspruch, ihr kann deshalb nicht gefolgt werden. Wie der zweite Satz der TarNr. 14 Abs. 1 PrStStG., an welchem das Verlangen des Bekl. nach einer höheren Besteuerung der Sicherstellungsurkunde recht eigentlich scheitert, in das Gesetz hineingekommen ist, ergibt sich aus RG. 115, 240[2]).

(U. v. 5. Juli 1927; 163/27 VI. — Berlin.) [Ku.]

[3]) JW. 1912, 806.

[1]) JW. 1927, 2129. [2]) JW. 1927, 437.

3. Aufwertung.

**14. §§ 14, 16, 78 AufwG. Wann hat eine Hypothekenbank Pfandbriefe, die sie in der Inflationszeit ausgegeben hat, zur Tilgung einer Vorkriegshypothek „angenommen“, und welche Anforderungen sind an den Vorbehalt i. S. von § 14 AufwG. zu stellen?] †)

Die Kl. sind Eigentümerinnen des Grundstücks Kronenstraße 33 in Berlin, auf dem für die Bekl. eine Darlehnshypothek von 831 000 ℳ eingetragen ist. Das Darlehn ist in neuen Berliner Pfandbriefen gegeben. Die Kl. haben am 2. März 1923 die Hypothek zur Rückzahlung am 1. Okt. 1923 gekündigt und durch Schreiben v. 8. März 1923 die Kündigung dahin ergänzt, daß sie in barem Gelde leisten wollten. Mit Schreiben v. 18. Juli 1923 erklärte die Bekl., daß sie Rückzahlung in Pfandbriefen verlange. Alsdann erhoben die Kl. die gegenwärtige Klage und beantragten Verurteilung der Bekl., Zug um Zug gegen Zahlung von 831 000 ℳ in die Löschung der Hypothek zu willigen. Das LG. wies durch Urt. v. 22. Dez. 1923 die Klage ab. Im Laufe des Berufungsverfahrens haben die Kl. an der Kasse der Bekl. 4%ige Neue Berliner Pfandbriefe im Nennbetrage der noch bestehenden Schuld von 780 000 ℳ in zwei Raten v. 21. Juli 1924 und 30. Juli 1924 abgeliefert. Die Bekl. hat über den Empfang der Pfandbriefe unter Vorbehalt weiterer Leistungen nach Maßgabe der III. SteuerNotVO. und der sich ihr anschließenden gesetzlichen Bestimmungen Quittungen ausgestellt. Die übergebenen Pfandbriefe stammten nur in Höhe von 42 000 ℳ aus den Jahren vor 1918, während die übrigen in der Folgezeit, und zwar mit 580 000 ℳ erst i. J. 1923 ausgegeben waren. Die Bekl. hat ihre Forderung bei der Aufwertungsstelle nicht angemeldet (vgl. §§ 16, 78 AufwG.). Die Kl. meinen, daß infolgedessen das Recht der Bekl. auf Aufwertung verwirkt sei. Das KG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Mit der Rev. erzielten sie die Aufhebung des die Klage abweisenden BU. Das KG. geht von der Vorschrift des § 16 AufwG. aus, wonach die Aufwertung auf Grund des Vorbehalts der Rechte nur stattfindet, wenn der Gläubiger den Anspruch auf Aufwertung bis zum 1. Jan. 1926 bei der Aufwertungsstelle anmeldet. Diese Vorschrift beziehe sich auf den im § 14 AufwG. geregelten Vorbehalt bei Annahme der Leistung. Werde aber die Leistung nach dem 13. Febr. 1924 angenommen, so sei ein Vorbehalt zur Erhaltung der Aufwertungsrechte nicht erforderlich (§ 78 AufwG.). Ob eine Annahme der Leistung i. S. dieser Bestimmungen vorliege, sei nach Lage des Falles unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Grundsätze von Treu und Glauben zu beurteilen. Es komme darauf an, ob die Entgegennahme der Leistung den Willen des Gläubigers zum Ausdrucke bringe, diese als Erfüllung der geschuldeten Leistung gelten zu lassen. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Die abgelieferten Pfandbriefe stammten zum größten Teile aus dem Jahre 1923. Die Kl. hätten nicht der Ansicht sein können und nach der Überzeugung des Senats auch nicht geglaubt, daß die Bekl. diese Pfandbriefe als Leistung der Hypothekenschuld der Kl. von noch 780 000 ℳ annehmen werde. Nach § 4 Abs. 2 i. Verb. m. § 6 der inzwischen in Kraft getretenen III. SteuerNotVO. sei der Goldmarkbetrag der vor dem 1. Jan. 1918 ausgegebenen Pfandbriefe auf den Nennbetrag festgesetzt, während bei später ausgegebenen Pfandbriefen der Tag der Ausgabe für die Berechnung des Goldmarkbetrages maßgebend sei. Als Ende Juli 1924 die Kl. den Nennbetrag einlieferten, seien die in § 6 Abs. 2 der III. SteuerNotVO. vorgesehenen näheren Bestimmungen, insbes. auch über die Hypothekenrückzahlungen noch nicht erlassen gewesen. Wegen dieser Unklarheit der Rechtslage habe die Bekl. durch Schriftsatz v. 5. Mai 1924 Vertagung beantragt. Die Kl. hätten deshalb nicht davon

Zu 14. In zahlreichen Fällen, wo die rechtzeitige Anmeldung des AufwAnspruchs versäumt war, ist versucht worden, die hieraus entstandenen Rechtsnachteile dadurch abzuwenden, daß man den Tatbestand der Annahme der Leistung und damit die Notwendigkeit der Anmeldepflicht leugnete. Mit Recht wendet sich das RG. gegen derartige Versuche. Nur in besonderen Ausnahmefällen, z. B. wenn nur ganz geringfügige Barbeträge in vorgerückter Inflationszeit geleistet sind, wenn diese nicht unmittelbar dem Gläubiger zugeführt,

ausgehen können, daß die Bekl. auch jetzt noch die Rückzahlung des Darlehns in Pfandbriefen verlange und noch weniger davon, daß sie mit Pfandbriefen im Nennbetrage der Schuld sich zufrieden geben werde. Die Annahme der Pfandbriefe an der Kasse der Bekl. sei keine Annahme i. S. der §§ 14, 78 AufwG. Die Leistung werde der Forderung in keiner Weise gerecht und hätte von der Bekl. unbeachtet gelassen werden dürfen. Der Vorbehalt bei der Quittung stehe nicht entgegen, sei vielmehr als Ablehnung der Leistung aufzufassen. Mangels Annahme der Leistung hätte es der Anmeldung nicht bedurft. Der durch § 11 der III. SteuerNotVO. eingeführte und in § 14 AufwG. weiter ausgebaute gesetzliche Vorbehalt hat die besondere Bedeutung, die Aufwertungsrechte gegenüber der Annahme der Leistung dem Gläubiger zu wahren. Das Gesetz unterstellt also einerseits die Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung und andererseits eine Äußerung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht als endgültige Tilgung der Schuld gelten lassen wolle. Nun hätte schon die Tatsache, daß die Leistung im Juli 1924 also unter der Herrschaft der III. SteuerNotVO. bewirkt ist, die Prüfung nahegelegt, ob nicht die Bekl. ihr Verhalten bei Empfangnahme der Pfandbriefe dem Gesetze hat anpassen wollen. Hierbei war die Auffassung der Bekl. über die zweckmäßige Sicherung ihrer Rechte, nicht aber entscheidend, daß im gegebenen Falle vielleicht schon nach Maßgabe der III. SteuerNotVO. jedenfalls nach dem später erlassenen AufwG. (§ 78) zur Erhaltung der Aufwertungsrechte ein Vorbehalt nicht erforderlich war. Namentlich hat aber das KG. die Würdigung des Wortlauts der von der Gläubigerin ausgestellten Quittungen unterlassen. Die beiden Urkunden vom 21. und 30. Juli 1924 lauten abgesehen von den Summen übereinstimmend: 775 800 bzw. 4700 4% neue Berliner Pfandbriefe „von Herrn Joseph R. in der Rückzahlungssache des Grundstücks Kronenstraße 33 unter Vorbehalt weiterer Leistungen nach Maßgabe der III. SteuerNotVO. und der sich ihr anschließenden gesetzlichen Bestimmungen richtig erhalten zu haben, bescheinigt hiermit Berlin, den 21. (30.) Juli 1924, Kasse des Berliner Pfandbrief-Amtes“ folgen zwei Unterschriften. Hierin liegt eine doppelte Erklärung. Einmal wird der Empfang der Wertpapiere in der Rückzahlungssache mithin auf Grund des Schuldverhältnisses bestätigt und ferner werden *weitere Leistungen* nach Maßgabe der ergangenen und noch zu erwartenden gesetzlichen Regelung der Aufwertung vorbehalten. Mit Wortlaut und Sinn dieser Äußerungen ist die Auffassung des KG., daß der deutlich nur auf zukünftige Leistungen erstreckte Vorbehalt sich als Zurückweisung der ganzen Leistung darstelle, unvereinbar. Der bisher festgestellte Sachverhalt entspricht genau den im § 14 Satz 1 AufwG. vorgesehenen Voraussetzungen. Im übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern die vom KG. angeführten Umstände für die Auslegung der abgegebenen Erklärungen von Bedeutung sein sollten. Richtig ist zwar, daß, wenn auch die Aufwertung der Hypotheken zu 15 v. H. bestimmt war und der Goldmarkbetrag der Pfandbriefe nach § 4 Abs. 2 der III. SteuerNotVO. sich berechnen ließ, doch der wirtschaftliche Wert der Pfandbriefe sich jeder sicheren Beurteilung entzog, zumal die vorgesehenen Anordnungen der Reichsregierung über die Bildung und Verteilung der Teilungsmasse und deren Ausschüttung auf die Pfandbriefe damals noch nicht ergangen waren. Ob die Bekl. in der Übergangszeit bis zum Erlaß der III. VO. zur Durchführung der III. SteuerNotVO. v. 15. Aug. 1924 (RGBl. I, 682), welche die Aufwertung der von Hypothekenbanken ausgegebenen Pfandbriefe regelt, Pfandbriefe als Leistung auf Hypothekenforderungen annehmen wollte oder nicht, war im wesentlichen eine Kalkulationsfrage. Entschloß sich die Bekl. zur Annahme von Pfandbriefen, so verringerte sie dadurch zu ihren Gunsten den Kreis der aufwertungsberechtigten Pfandbriefgläubiger, während sie andererseits durch den Vorbehalt gegenüber dem Hypothekschuldner einer zu starken Ermäßigung der Teilungsmasse entgegenwirkte. Mit einer solchen Stellungnahme, wonach die Bekl. zwar die Pfandbriefe in Anrechnung auf die Schuld annahm, aber die endgültige Befreiung des Schuldners verweigerte, würde der zeitlich vorhergehende Vertagungsantrag im Rechtsstreite nicht notwendig im Widerspruch stehen, insofern auch dadurch die Bekl. eine endgültige Erledigung des Schuldverhältnisses durch gerichtliche Entsch. vor dem Erlaß der erwarteten Regelung zu vermeiden suchen konnte. Rechtlich unerheblich ist die Auffassung der Kl. darüber, wie die Bekl. sich bei Empfangnahme der Pfandbriefe verhalten werde. Die Kl. haben nach dem festgestellten Sachverhalt Wertpapiere im Nennbetrage ihrer Schuld zu deren Tilgung durch ihren Vertreter tatsächlich angeboten. Demgegenüber ist ihr rechtsgeschäftlich nicht zum Ausdruck gebrachter oder erkennbar hervorgetretener innere Zweifel, ob bei der damaligen Rechtslage die Wertpapiere zur vollen Befriedigung der Gläubiger ausreichen und von ihr so angenommen werden würden, ohne Bedeutung. Zu Unrecht stützt das KG. seine Beurteilung auf die Entsch. des jetzt erk. Sen. v. 4. Nov. 1925, V 621/24 (RG. 111, 320, 333 [1])) und V 18/25 v. 25. Nov. 1925 (JW. 1926, 145 [2]). Damals handelte es sich um sehr geringfügige Barbeträge, die i. J. 1923 nicht unmittelbar dem Gläubiger zugeführt, sondern im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben oder auf ein Bankkonto überwiesen waren. Die Gläubiger hatten sich bei Empfang der Nachricht über den Eingang der Beträge nicht und in dem einen Falle erst nach längerer Zeit geäußert. Wenn unter den besonderen Umständen des Falles in der bloß körperlichen Hinnahme der Beträge eine Annahme als Erfüllung der geschuldeten Leistung nicht erblickt ist, so treffen diese Gesichtspunkte im vorliegenden Falle nicht zu. Namentlich fällt in das Gewicht, daß in jenen Fällen die Gläubiger zunächst völlig geschwiegen hatten, während hier die Bekl. als Gläubigerin eine bestimmte Erklärung abgegeben hat, die zugleich die Annahme als Vollerfüllung ausschloß.

(U. v. 29. Juni 1927; 284/26 V. — Berlin.) [Sch.]

---

sondern im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben oder auf Bankkonto überwiesen wurden, läßt das RG., wenn es an einer ausdrücklichen als Annahme zu deutenden Erklärung des Gläubigers fehlt, die Möglichkeit offen, daß trotz körperlicher Hinnahme der Beträge eine Annahme als Erfüllung nicht vorliegt.

Der Entsch. ist in allen Punkten beizutreten.

RA. Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin.

II. Verfahren.

15. § 202 Absatz 2 GVG.; §§ 145, 519 ZPO. Wechselklagen, die mit anderen nicht als Feriensachen bezeichneten Sachen verbunden sind, sind keine Feriensachen. Die Erhebung einer Widerklage läßt den Charakter der Wechselklage als Feriensache unberührt.] †)

Das BG. ist der Auffassung, daß ein Anspruch aus einem Wechsel, gleichviel, ob er im Wechselprozeß, im Nachverfahren oder im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werde, Feriensache sei, und daß dieser Charakter ihm auch erhalten bleibe, wenn mit ihm ein anderer Anspruch, der nicht zu den Feriensachen gehöre, verbunden werde oder wenn von dem Bekl. eine Widerklage erhoben werde, die gleichfalls nicht Feriensache sei. Es kommt danach zu dem Ergebnis, daß innerhalb des vorliegenden Prozesses nur der Wechselanspruch, nicht aber der mit ihm verbundene Anspruch auf Zahlung von 23,80 RM aus ungerechtfertigter Bereicherung und nicht die Widerklage als Feriensache zu behandeln sei, und daß daher die Berufung wegen des Wechselanspruchs bis 21. Sept. 1926 habe begründet werden müssen — was nicht geschehen sei —, während sie wegen der übrigen im Streit befangenen Ansprüche noch bis 15. Okt. 1926 habe begründet werden können und daher durch Einreichung der Berufungsbegründungsschrift v. 13. Okt. 1926 rechtzeitig begründet worden sei. Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar. Zutreffend geht zwar das BG. davon aus, daß es für die Frage, ob Ansprüche aus Wechseln zu den Feriensachen gehören, nicht von Bedeutung sei, in welchem Prozeßverfahren sie erhoben werden, sondern

---

[1]) JW. 1926, 145.

Zu 15. Wenn mit einem der in § 200 Abs. 2 GVG. zu Feriensachen erklärten Ansprüchen in einer Klage ein Anspruch verbunden wird, der keine Feriensache ist, ergeben sich für die prozessuale Behandlung der Klage drei Möglichkeiten. Der ganze Rechtsstreit wird Feriensache (einschließlich des Anspruchs, der es nicht kraft Gesetzes

daß es allein auf die Natur des Anspruchs als eines Wechselanspruchs anzukommen habe. Es folgt darin der ständigen Rspr. des 1. ZS. des RG., der diese Rechtsanschauung nach erneuter Prüfung und mit überzeugender Begründung in RG. 78, 316[1]) gegen die entgegengesetzte Meinung des 3. ZS. in JW. 1910, 294[35] verteidigt und festgehalten hat. In dieser Entsch. (S. 319) ist grundsätzlich ausgesprochen, daß eine Klage, die außer einem Wechselanspruch auch Ansprüche aus anderen, nicht unter § 202 Abs. 2 GVG. gehörigen Rechtsverhältnissen umfasse, keine Feriensache sei und insoweit weicht der 1. ZS. auch von JW. 1910, 294[35] nicht ab. Dieser Auffassung, für die es eine nähere Begründung vermißt, hat sich das BG. unter Berufung auf die Praxis in Mieträumungssachen mit der Erwägung versagt, daß sie allein damit begründet werden könne, der Kl. habe durch die Verbindung der Ansprüche ihre Eilbedürftigkeit selbst verneint, daß sie sich aber damit um so weniger begründen lasse, als die Behandlung des Wechselanspruchs innerhalb des Gesamtprozesses als eilbedürftig durchaus möglich bleibe und durch Teilurteil gesichert werden könne, während die Auffassung des RG. hier zu dem befremdenden Ergebnis führen würde, daß die Erhebung des geringfügigen Anspruchs von 23,80 RM den Charakter des Wechselanspruchs von 2500 RM als Feriensache entscheidend beeinflussen würde. In diesen Darlegungen kann jedoch eine rechtlich einwandfreie Lösung der Frage nicht erblickt werden. Die Auffassung, daß bei prozessual zulässiger Verbindung anderer, in § 202 Abs. 2 GVG. nicht als Feriensachen bezeichneter Klageansprüche mit einem Wechselanspruch, dem Prozeß im ganzen die Eigenschaft einer Feriensache zuzuerkennen sei, hat das OLG. nicht vertreten. Sie würde auch abzulehnen sein, weil dadurch jedwedem Anspruch des Kl., auch wenn er weder nach dem Gesetz Feriensache, noch nach richterlichem Ermessen eilbedürftig ist, bloß durch den Willen des Kl., wenn dieser in der Lage ist, ihn mit einem Wechselanspruch verbinden zu können, die Eigenschaft einer Feriensache verschafft werden könnte. Das würde mit dem Zweck des Gesetzes, das sich in § 202 Abs. 2 GVG. durch die Bezeichnung genau formulierter Ansprüche als Feriensachen eine den normalen Geschäftsgang der Gerichte einschränkende Bedeutung beilegt, nicht vereinbar sein. Daraus folgt indessen nicht, daß hinsichtlich der Behandlung mehrerer, in einem einheitlichen Prozeß befangener Klageansprüche eine Teilung nach Feriensachen und Nichtferiensachen möglich wäre. Denn das Gesetz geht in § 202 Abs. 2 von einer durch bestimmte Ansprüche gekennzeichneten Prozeßsache aus und gibt nirgends einen Anhalt dafür, daß eine Klage, die auch noch andere dort nicht bezeichnete Ansprüche enthält, einer Spaltung hinsichtlich ihrer Behandlung als Feriensache fähig wäre. Die Bezeichnung derjenigen Sachen in Abs. 2, die gesetzlich als Feriensachen gelten sollen, beruht auf der unwiderleglichen Vermutung, daß sie ihrer Natur nach eilbedürftig zu sein pflegen, wenn sie den Gegenstand der Klage ausmachen. Diese Vermutung greift nicht Platz, wenn sie mit anderen Ansprüchen, die nicht Feriensachen sind, verbunden werden. Erfüllen daher die mehreren in einer einheitlichen Klage verbundenen Ansprüche in ihrer Gesamtheit nicht die Voraussetzungen, unter denen eine Sache nach § 202 Abs. 2 GVG. Feriensache ist, so ist der Prozeß — vorbehaltlich anderweitiger richterlicher Entscheidung — als Nichtferiensache zu behandeln. Gründe der praktischen Zweckmäßigkeit stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Es mag sein, daß in Mieträumungssachen, der Anspruch auf Räumung als Feriensache, der Anspruch auf Zahlung nicht als solche behandelt zu werden pflegt, wie denn auch mitunter von den Tatsacheninstanzen eine Beweisaufnahme oder die Verkündung einer Entscheidung zur Feriensache erklärt wird. Ein unabweisliches praktisches Bedürfnis besteht, namentlich für die gekennzeichnete Behandlung der Sachen in Mieträumungsangelegenheiten, nicht. Denn das Gesetz hat in § 145 ZPO., der dem Gericht die Befugnis gibt, mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen zu verhandeln, den Weg gewiesen, auf dem der Eilbedürftigkeit eines Anspruches, der an sich Feriensache wäre, Rechnung getragen werden kann, da dieser Anspruch durch die Trennung des Prozesses in zwei selbständige Verfahren seine Eigenschaft als Feriensache erlangt oder zurückgewinnt, wie denn auch ohne Trennung des Prozesses dem Gericht die Möglichkeit offen steht, den Prozeß als solchen, falls überwiegende Gründe dafür sprechen, zur Feriensache zu erklären. Aus der von den Instanzgerichten bevorzugten Teilung des einheitlichen Prozesses in Feriensachen und Nichtferiensachen werden sich zwar innerhalb der Instanz kaum irgendwelche Unzuträglichkeiten ergeben. Sie beginnen aber, wie sich hier gezeigt hat, sofort, wenn der Prozeß in die zweite Instanz erwächst. Hier führt der von dem BG. vertretene Standpunkt notwendig dahin — und diese Konsequenz wird auch von dem BG. gezogen —, daß für die Berufung einer Partei zwei verschiedene Berufungsbegründungsfristen in Lauf gesetzt werden, die eine für den Wechselanspruch, die während der Ferien läuft, die zweite für die übrigen Ansprüche, die durch die Ferien gehemmt wird. Dieses Ergebnis ist unannehmbar und mit der Prozeßordnung nicht zu vereinigen. Ebenso, wie es nur eine Berufung einer Partei gegen ein Urteil und nur eine Frist gibt, innerhalb deren sie einzulegen ist, kennt das Gesetz (§§ 519 ff. ZPO.) auch nur eine Berufungsbegründung und nur eine Frist, innerhalb deren sie einzureichen ist. Unter dem Begriff der Konzentrationsmaxime und zur Prozeßbeschleunigung eingeführt, hat die Berufungsbegründung die Anträge, die gestellt werden sollen, zusammenzufassen, ist also einheitlich und nicht teilbar, und nach der ihr gesteckten Frist richtet sich auch die Begründung der Anschlußberufung (§ 522a Abs. 2 ZPO.). Die Schwierigkeiten, die sich daraus, je nach der Handhabung der Vorschriften des GVG. über die Ferien ergeben können, mögen den Verfassern der neuen Prozeßnovelle nicht vorgeschwebt haben. Ihre Lösung kann aber nicht so gefunden werden, daß die Ferienbestimmungen sich im Widerspruch zu dem geltenden Prozeßrecht, dem sie dienen, durchsetzen und zu Fristen nötigen, die das Prozeßrecht nicht kennt, sondern nur auf einem Wege, der beide Gesetze miteinander in Einklang bringt. Es kann sich daher nur fragen, ob ein Prozeß, in welchem Ansprüche, die an sich Feriensachen wären, mit anderen Ansprüchen, die es nicht sind, verbunden worden sind, im ganzen als Feriensache zu behandeln ist, oder ob der hier vertretene entgegengesetzte Standpunkt, daß er im ganzen keine Feriensache ist, zu bevorzugen ist. Auf keinen Fall könnte für die Beantwortung dieser Frage gegen den letzteren Standpunkt geltend gemacht werden, daß, wie es hier der Fall ist, unter Umständen durch ein geringfügiges Objekt des verbundenen Anspruchs dem Wechselanspruch die Eigenschaft als Feriensache genommen wird. Denn der Fall kann ebensogut umgekehrt liegen. Die Höhe des Objekts kann daher grundsätzlich keine Rolle spielen. Noch weniger kann sich die Beantwortung der Frage etwa verschieden gestalten, je nachdem der neben einem Wechselanspruch erhobene zweite Anspruch ein hohes oder geringfügiges Objekt betrifft. Für eine solche Unterscheidung würde es an jeder irgendwie zuverlässigen Grenze fehlen und dadurch Willkür an Stelle einer festen Norm gesetzt werden. Denn da es sich um die Wahrung von Fristen handelt, würde nur Rechtsunsicherheit die Folge

ist) oder ist nicht Feriensache (auch nicht der Anspruch, der unter § 202 ist) oder ist nicht Feriensache (auch nicht der Anspruch, der unter § 202 II GVG. fällt), oder dieser Anspruch wird als Feriensache behandelt, jener aber nicht. Das BG. hat sich auf den letzteren Standpunkt gestellt, das RG. aber vertritt die zweite Möglichkeit und lehnt die erste ausdrücklich ab. Die praktische Bedeutung der Frage erhellt gerade im vorl. Falle, weil für Feriensachen die Berufungsbegründungsfrist auch in den Ferien läuft, für die anderen Sachen aber nicht.

Man wird den Standpunkt des RG. als praktisch und zweckmäßig billigen müssen. Das RG. hat in seiner überaus sorgfältigen Begründung alles, was für seine Meinung spricht, herangezogen; das Ergebnis, zu dem es kommt, dürfte brauchbarer sein als das des BG.

Das RG. spricht ferner zutreffend aus, daß eine Widerklage der Klage aus einem der in § 200 II GVG. aufgezählten Ansprüche nicht die Eigenschaft als Feriensache nehmen kann, und kommt von seinem Standpunkt folgerichtig dazu, daß auch die Widerklage Feriensache wird.

Mit Rücksicht auf die Folgen hinsichtlich des Laufs der Berufungsbegründungsfristen werden die Anwälte diese Entsch. des RG. beachten müssen.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

[1]) JW. 1912, 595.

sein, wenn der Höhe des Objekts eines neben einem Wechselanspruch geltend gemachten anderen Anspruchs nach richterlichem Ermessen Einfluß eingeräumt werden dürfte auf die Frage, ob der Prozeß Feriensache ist oder nicht. Namentlich der beratende Anwalt würde bei einer solchen Unterscheidung jeden Maßstabes entbehren, wenn er, wie hier, vor die Frage gestellt wird, innerhalb welcher Frist er eine Berufung zu begründen hat. Auch die Interessen der Rechtsuchenden können gegen die hier vertretene engere Auslegung des § 202 Abs. 2 GVG. nicht angerufen werden. Man kann gegen die Zweckmäßigkeit der Einrichtung der Gerichtsferien vom Standpunkt der Bedürfnisse des Verkehrs aus streiten und ihre Abschaffung ist schon vielfach befürwortet worden. Solange die Einrichtung besteht, ist die genaue Befolgung der ihre Aufgaben regelnden Bestimmungen nicht nur ein Interesse der Rechtsuchenden, deren gleichmäßige Behandlung durch eine laxe Handhabung des Gesetzes verhindert werden würde, sondern auch eine Notwendigkeit eines geordneten Gerichtsbetriebes. Daher werden in RG. 31, 431 die Ferienbestimmungen als absolut gebietende Normen bezeichnet. Und für ihre ausdehnende oder weitherzige Auslegung wäre ein dringendes praktisches Bedürfnis jedenfalls da nicht anzuerkennen, wo es der Kl., wie hier, selbst in der Hand hat, sich durch getrennte Klagen die Eigenschaft seines Wechselanspruchs als Feriensache zu sichern, wo er aber von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, unterlassen hat. Sollten sich gleichwohl aus dieser notwendigen, prinzipiellen Einstellung im Einzelfall Härten ergeben, so liegt ihre mögliche Korrektur in der richterlichen Befugnis, die Sache als solche zur Feriensache zu erklären oder in getrennten Prozessen zu verhandeln. Ist sonach der vorliegende Prozeß keine Feriensache, so bedarf es an sich keiner Erörterung der Frage, ob einer Klage, die nach ihrem Inhalt Feriensache wäre, diese Eigenschaft dadurch genommen wird, daß der Bekl. eine Widerklage erhebt, die an sich keine Feriensache ist. Es mag aber gegenüber dem Standpunkt der Revision, daß diese Frage zu bejahen sei, darauf hingewiesen werden, daß sie mit dem BG. zu verneinen wäre. Das BG. gelangt zwar zu dem Ergebnis, daß die Widerklage keine Feriensache sei, aber nur, weil es eine Teilung für möglich hält. Die Klage soll nach seiner Auffassung, wenn sie Feriensache ist, durch die Erhebung einer Widerklage nicht diese Eigenschaft verlieren. Da diese Teilung eines einheitlichen Prozesses in Ansprüche, die Feriensachen sind, und solche, die es nicht sind, abzulehnen ist, ist die Folge die, daß der ganze Prozeß, also Klage und Widerklage Feriensache sind. Es liegt hier anders wie bei der mit dem Willen des Kl. erfolgten Häufung von Klagansprüchen, die für sich genommen teilweise Feriensachen, teilweise nicht Feriensachen sind; denn maßgebend für eine einheitlich zu treffende Entscheidung kann nur die Natur der Klage sein, und der Kl., der für seinen Anspruch gesetzlich das Recht erlangt hat, ihn als Feriensache behandelt zu sehen, kann darin nicht durch eine von seinem Willen unabhängige Erhebung einer Widerklage beeinträchtigt werden. Lief sonach die Berufungsbegründungsfrist in den Gerichtsferien nicht, weil der Prozeß keine Feriensache war, so ist die Berufung im ganzen und nicht nur zum Teil, wie das BG. angenommen hat, rechtzeitig begründet worden.

(U. v. 12. Juli 1927; 122/27 II. — Kiel.) [Ku.]

---

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Dr. Alsberg, Berlin.

16. [§ 263 StGB. 1. Ursachenzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensverfügung.

2. Der Wegfall eines zugesagten Sicherungsmittels für eine Darlehensforderung enthält nicht unter allen Umständen eine Vermögensbeschädigung.]†)

Der Angekl. hat durch das festgestellte Verhalten zweifellos wider Treu und Glauben gehandelt. Dagegen reichen die bisherigen Feststellungen zum Nachweis eines strafbaren Betrugs i. S. des § 263 StGB. noch nicht völlig aus. Zunächst tauchen Zweifel darüber auf, ob zwischen der unrichtigen Behauptung des Angekl., er sei Alleineigentümer des hypothekarisch zu belastenden Grundstücks, und der Darlehenshingabe ein ursächlicher Zusammenhang bestand. Das BG. geht davon aus, daß der Angekl. „als Nichtalleineigentümer eine wirksame Hypothekbestellung nicht geben konnte" und daß er sich dessen bewußt gewesen sei. Demgegenüber ist hervorzuheben, daß der Angekl. allerdings nicht an dem ganzen Grundstück, wohl aber an „seinem im Grundbuch von K. verzeichneten Grundvermögen", das ist an seinem ideellen Anteil am Grundstück, eine Hypothek bestellen konnte, und zwar, wenn nicht besondere Verhältnisse entgegenstanden, auch ohne Zustimmung seiner Frau. Wenn nun weiter das Grundstück einen so hohen Wert hatte und so wenig belastet war, daß das dem Angekl. in Aussicht gestellte Darlehen auch durch eine Hypothek an dem ideellen Anteil vollkommen sichergestellt gewesen wäre, dann wäre es sehr wohl denkbar, daß der Darlehensgeber, der sich seinerseits nach den Eigentumsverhältnissen gar nicht erkundigt hatte, das Darlehen auch gegeben haben würde, wenn der Angekl. sich lediglich als Miteigentümer bezeichnet und eine

---

Zu 16. Zu I. Die Frage, ob zwischen dem durch Täuschung hervorgerufenen Irrtum und der Vermögensverfügung ein ursächlicher Zusammenhang besteht, ist nach der von den StS. des RG. im Anschluß an v. Buri (GerS. 29, 269) vertretenen Auffassung danach zu entscheiden, ob der in der Verfügung liegende rechtswidrige Erfolg auch ohne die Täuschungshandlung eingetreten wäre oder nicht (vgl. die Zit. bei Ebermayer, Einleitung XV A. 2). Hätte der Getäuschte die Vermögensverfügung auch bei Kenntnis der wahren Sachlage getroffen, so ist die Täuschungshandlung für die Vermögensdisposition nicht kausal. Das RG. unterstellt als möglich, daß R. bei Kenntnis des Umstandes, daß der Angekl. nicht Alleineigentümer, sondern nur Miteigentümer des zu belastenden Grundstücks war, das Darlehen gleichfalls gegeben und sich mit einer nach § 1114 BGB. zulässigen Bestellung einer Hypothek am ideellen Miteigentumsanteil begnügt hätte. Soweit bei dieser Unterstellung der ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensverfügung verneint wird, ist der Entsch. zuzustimmen.

Die Tatsache, daß R., ohne sich durch Einsichtnahme in das Grundbuch oder auf andere Art über die Verfügungsbefugnis des Angekl. zu vergewissern, in vielleicht allzu leichtfertiger Weise den Angaben des Angekl. geglaubt hat, unterbricht nicht den ursächlichen Zusammenhang (RG.: GoltdArch. 53, 174; Ebermayer, Anm. 8 zu § 263). Die Nachlässigkeit des Getäuschten bildet lediglich die Voraussetzung, unter der die Täuschungshandlung ursächlich werden kann (vgl. für die ähnlich gelagerten Fälle des Prozeßbetruges: RGSt. 26, 28; 36, 86; GoltdArch. 53, 174; Eckstein: GerS. S. 78, 147; Binding, Lehrb., Bes. Teil I, 350; Hegler, Vergleichende Darstellung, Bes. Teil VII, 437; Rommel, „Der Betrug", 1894, S. 55).

Ein fahrlässiges Verhalten des Getäuschten ist nur in den Fällen zur Unterbrechung des Kausalzusammenhanges geeignet, in denen der Getäuschte eine ihm obliegende Pflicht zur eigenen Prüfung verletzt, wie z. B. bei nachlässiger Untersuchung einer vertragswidrig gelieferten Ware (RGSt. 14, 310; vgl. auch Leitner, „Die Prüfung von Kreditunterlagen" in „Bankwissenschaft", 1927, S. 53 f.).

Zu II. Die die Vermögensbeschädigung betreffenden Ausführungen, die mit den in Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, 1911, Anm. 4 f zu § 263 StGB. = BayRpflZ. 7, 343 (1. StS. v. 8. Mai 1911, 1 D 271/1911) niedergelegten Grundsätzen übereinstimmen, sind m. E. nicht zu billigen.

Eine Vermögensbeschädigung i. S. des § 263 StGB. liegt vor, wenn das Vermögen des Betroffenen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung geringwertiger ist, als es vor der Verfügung war. Der Vermögensschaden des Verletzten besteht nicht in dem Unterschied zwischen den ihm als Gegenleistung versprochenen Werten und dem ihm tatsächlich Gewährten, sondern in der Differenz zwischen seiner Leistung und der empfangenen Gegenleistung (RGSt. 42, 61).

Nach der Rspr. des RG. ist Vermögen der Inbegriff der geldwerten Güter, über die jemand in seinem Interesse verfügen kann (vgl. Frank, Anm. V zu § 263; Ebermayer, Anm. 6 zu § 263). In der die neuere Betrugsrechtspr. beherrsch. Entsch. der VerStS. RGSt. 16, 3 wird das Vermögen i. S. § 263 StGB. als „die Gesamtheit der vermögensrechtl. Beziehungen einer Person, sowohl der aktiven als der passiven, als ein Ganzes gedacht" bezeichnet. Der Vermögensbegriff ist aus der nationalökonomischen Wissenschaft entnommen und muß unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Momente dahin ausgelegt werden, daß eine Beschädigung des Vermögens vorliegt, wenn der Geldwert der einer Person zustehenden Güter in seiner Gesamtheit vermindert wird (so Ebermayer und Frank a. a. O.; ferner

Hypothek an seinem ideellen Anteil in Aussicht gestellt hätte. Gegenteiliges ist bisher nicht festgestellt: es ist nur gesagt, daß R. an die Wahrheit der Erklärung des Angekl. geglaubt habe und daß er das Darlehen nur gegen hypothekarische Sicherheit hingeben wollte; an die Möglichkeit der Bestellung einer Hypothek an dem ideellen Anteil hat das BG. offenbar nicht gedacht. Dem Umstand, daß der Angekl. späterhin auch eine solche Hypothek nicht bestellt, vielmehr den Antrag auf Eintragung einer Hypothek zurückgenommen und das Grundstück veräußert hat, könnte eine Bedeutung für den Nachweis des Tatbestands des Betrugs nur dann beigemessen werden, wenn der Angekl. schon bei den Verhandlungen vor dem Notar die Absicht gehabt hätte, in dieser Weise zu verfahren. Auch dies ist bisher nicht nachgewiesen. Hätte R. das Darlehen auch gegeben, wenn der Angekl. die Frage des Notariatsverwesers wahrheitsgemäß beantwortet hätte, dann könnte mangels eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Täuschung und Vermögensverfügung jedenfalls vollendeter Betrug nicht angenommen werden. Ebensowenig geklärt ist die Frage, ob eine **Vermögensbeschädigung** i. S. der reichsgerichtl. Rspr. verursacht worden ist. In dem Begriff des Vermögens als eines Inbegriffs von geldwerten Gütern aller Art ist das Erfordernis einer Berücksichtigung der gesamten Vermögenslage begründet. Es ist zu untersuchen, ob nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung das Gesamtvermögen einen geringeren Wert als vorher darstellt. Hieraus folgt, daß eine Vermögensbeschädigung nicht angenommen werden kann, wenn die durch die Darlehenshingabe begründete Forderung trotz des Wegfalls des zugesagten Sicherungsmittels im Hinblick auf den Zahlungswillen und die Zahlungsfähigkeit des Darlehensschuldners — etwa im Hinblick auf die Möglichkeit eines Zugriffs

---

Liszt, Lehrbuch, 20. Aufl., S. 478; **Hegler** a. a. O. S. 425; **Olshausen**, Anm. 26 zu § 263; **Oppenhoff**, Anm. 34 zu § 263; **Gleispach**, Veruntreuung vertretbarer Sachen, 1906, S. 34; **Eckstein**: GoltdArch. 58, 70).

Im Gegensatz zu dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Vermögensschadens, die sich auch das RG. in zunehmendem Maße zu eigen macht (vgl. RGSt. 16, 1 f.; 23, 430; 44, 230 f.; 49, 21; JW. 1924, 1165[9], 1877[5], 1995[5]; 1926, 2186, 2296[3]; 1927, 1377[29], 1488[19]), faßt **Binding** den Vermögensbegriff lediglich als Rechtsbegriff auf und kommt auf diese Weise bei der Feststellung des Vermögensschadens beim Betruge zu einer Ablehnung ökonomischer Gesichtspunkte (**Binding** a. a. O. S. 339; ähnlich **Rotering**: GoltdArch. 47, 416 und GerS. 60, 241; 67, 219; **Merkel**: HoltzH. III, 763 und „Lehre vom strafrechtlichen Betruge", 1864, S. 101; **Hälschner**, Gemeines Strafrecht II, S. 256).

Im Anschluß an die reichsgerichtliche Rspr. und an die im Schrifttum überwiegende Meinung ist bei der Erörterung eines Betrugsfalles die Entsch. darauf abzustellen, ob die auf einer Täuschungshandlung beruhende Vermögensverfügung zu einer nachteiligen Veränderung der **Gesamtvermögenslage** des Betroffenen geführt hat. Um in dieser Hinsicht zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen, müssen die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vermögensdisposition nach allen Richtungen erforscht und die im Zusammenhang mit der Verfügung aus dem Vermögen herausgehenden und andererseits ihm zuwachsenden Werte gegeneinander abgeschätzt werden. Die hiernach notwendige Wertvergleichung zwischen dem Vermögen des Betroffenen **vor** der Verfügung und seiner Wirtschaftslage **nach** der Vermögensdisposition macht in der Praxis deshalb erhebliche Schwierigkeiten, weil es keinen absoluten Wertbegriff gibt und somit die Frage der Vermögensbeschädigung nach der Individualität des Einzelfalles und nach den persönlichen Beziehungen des „Geschädigten" zu den Gegenständen — Sachen und Rechten — zu bestimmen ist (RGSt. 16, 9 und 93; 23, 134; 49, 21; RG.: JW. 1927, 1693[22]; **Eckstein**: GoltdArch. 58, 347; **Frank**, Anm. V, 4 zu § 263; **Ebermayer**, Anm. 6 k zu § 263; **Mittermaier**: JW. 1924, 1877[5]; **Klefisch**: JW. 1924, 1995[5]; **Grünhut**: JW. 1926, 2296[2, 3]; a. A. **Hälschner** a. a. O. S. 251; **Merkel** a. a. O. III S. 758 und IV S. 432; RGSt. 9, 362; RGRspr. 5, 577; 7, 687).

Daß auch die **Vermögensgefährdung** einen Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB. darstellt, wenn sie einen den Gesamtvermögenswert bereits **in der Gegenwart** herabmindernden Grad erreicht hat, wird jetzt allgemein anerkannt (vgl. RGSt. 28, 393; 31, 427; 51, 209; **Ebermayer**, Anm. 6 l zu § 263; **Olshausen**, Anm. 20 zu § 263, **Frank**, Anm. V, 4 a. E. und die dort Zit.; a. A. **Binding** a. a. O. S. 360; **Schlesinger**, „Vermögensbeschädigung beim Betruge", Münchener Diss., 1894, S. 68, 100; **Joh. Merkel**, „Vermögensbeschädigung beim Betruge", Erlanger Diss., 1900, S. 31).

Eine Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze auf vorliegenden Fall führt zu folgendem Ergebnis:

Der Darlehensgeber, der das Geld dem Angekl. nur gegen hypothekarische Sicherheit überlassen wollte, betrachtete nach seiner persönlichen Einstellung zu derartigen Kreditgeschäften den durch Gewährung der Geldsumme zu erlangenden Gegenanspruch — auf Zinsen und Rückzahlung des Darlehens — nur dann als gleichwertig, wenn seine Forderung eine ausreichende grundbuchliche Sicherung erhielt. Mag der Geldgeber den Angeklagten auch zur Zeit des Vertragsabschlusses für zahlungsfähig und zahlungswillig gehalten haben, und mag diese Annahme auch zutreffend gewesen sein, so lag ihm — wie wohl jedem Kreditgeber — unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen, die eine Voraussicht selbst bez. bestfundierter Unternehmungen häufig unmöglich machen, vor allem daran, gegen eine künftige Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners durch die zuverlässigste Sicherheit des Wirtschaftslebens, die Hypothek, geschützt zu sein. Der Darlehensgeber hat nun an Stelle der von ihm gewährten Darlehenssumme einen ungesicherten Anspruch erhalten. Das Fehlen der hypothekarischen Sicherheit ist im Hinblick auf die ungewisse wirtschaftliche Entwicklung — auch beim Vorliegen eines Zahlungswillens und einer Zahlungsfähigkeit des Angekl. beim Vertragsschluß — vom Standpunkt des Geldgebers aus als eine den gegenwärtigen Vermögenswert herabmindernde Gefährdung zu erachten.

Schon die Tatsache, daß der Angekl. zum Zwecke der Darlehenserlangung bewußt unwahre Angaben über seine Verfügungsbefugnis gemacht hat, führt zu der Annahme einer Gefährdung des Anspruchs, da Schuldner, die in solcher Weise die Geschäftsbeziehungen einleiten, sich erfahrungsgemäß auch entsprechend bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses zeigen. Aus dem späteren Verhalten des Angekl. — daß er nämlich auch eine Hypothek am ideellen Anteil nicht bestellt, sondern den Eintragungsantrag zurückgenommen und das Grundstück veräußert hat — läßt sich dann auch deutlich die Minderwertigkeit der **ungesicherten** Forderung erkennen.

Bei der Beurteilung des Wertes der eingetauschten Forderung ist ferner zu berücksichtigen, welches wirtschaftliche Ergebnis der Darlehensgläubiger aus der Forderung nach den bestehenden Verwendungszwecken und Verwendungsmöglichkeiten erzielen kann (**Ebermayer**, Anm. 6 k zu § 263). Hierbei ist in Betracht zu ziehen, daß eine Verwertung der Forderung durch Verkauf oder Verpfändung, wie sie der Darlehensgeber von vornherein beabsichtigt haben kann, ohne daß die gewollte Zweckbestimmung dem Angekl. erkennbar zu sein brauchte (**Ebermayer** a. a. O.), im Falle einer hypothekarischen Sicherung erheblich erleichtert wäre, während sie beim Fehlen der Sicherheit bedeutend erschwert oder sogar unmöglich gemacht ist.

Die Bewertung der gegenseitigen Leistungen und ihr Einfluß auf die Gesamtvermögenslage des Verletzten ist auf der objektiven Grundlage der ausgetauschten Vermögensstücke nach den persönlichen Beziehungen zu beurteilen, in denen die Beteiligten zu ihnen nach ihrer Stellung im Rechtsverkehr stehen (RGSt. 49, 23) — objektive Beurteilung des individuellen Einzelfalles (so **Grünhut** a. a. O.). Vorliegend ist die Vermögensbeschädigung des Darlehensgläubigers aus dem Gesichtspunkte anzunehmen, daß die zur Sicherung der Darlehensforderung bestimmte Hypothek rechtsunwirksam bestellt war; ihr fehlte die wesentliche Eigenschaft, deren Vorhandensein der Geldgeber als selbstverständlich voraussetzte, und deshalb ist nach der wirtschaftlichen Einstellung des Darlehensgläubigers **der ungesicherte Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens im Verhältnis zu der gewährten Darlehenssumme minderwertig**. Der Darlehensgläubiger hat als Gegenleistung für sein Geld einen Anspruch erhalten, der nach seiner wirtschaftlichen Auffassung wegen Fehlens der hypothekarischen Sicherheit im Vergleich zu seiner eigenen Leistung geringwertiger ist; hierdurch haben seine vermögensrechtlichen Beziehungen in ihrem Gesamtwert eine Minderung erfahren, er ist mithin an seinem Vermögen beschädigt.

Abgesehen von vorstehenden Erwägungen führt auch folgende Überlegung zu der Annahme einer Vermögensbeschädigung in Fällen der vorliegenden Art:

Der durch eine Hypothek gesicherte Gläubiger ist bei der Durchsetzung seines Anspruchs im Prozeß und im Wege der Zwangsvollstreckung — insbes. im Falle der allgemein üblichen Eintragung der Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO. — besser gestellt als der gewöhnliche Darlehensgläubiger, der auf die mit erheblicheren Kosten verbundene und langwierigere allgemeine Rechtsverfolgung angewiesen ist. Der Darlehensgläubiger, der bei der Gewährung eines Darlehens mit der erleichterten Geltendmachung seiner Forderung auf Grund hypothekarischer Sicherung rechnet, wird durch die vorgetäuschte Hypothekenbestellung insofern geschädigt, als er, ohne bei der Bemessung seines Entgelts das ihm seinerzeit nicht bewußte Risiko eingerechnet zu haben, mit der Gefährdung, einen Prozeß führen zu müssen, belastet ist (vgl. **Eckstein**: GoltdArch. 58, 88).

Hiernach ist der im obigen Urt. — und ähnlich bei **Warneyer**,

auf das Grundstück oder auf eine an dem verkauften Grundstück hypothekarisch gesicherte Kaufgeldrestforderung — als durchaus vollwertig zu erachten ist. Die dem angefochtenen Urteil offenbar zugrunde liegende Annahme des BG., daß eine ungesicherte Forderung unter allen Umständen geringwertiger ist als eine gesicherte, beruht auf Rechtsirrtum. Sollte aber der Ursachenzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensverfügung sowie der Eintritt einer Vermögensbeschädigung nachweisbar sein, so wäre noch zu prüfen, ob sich der Angekl. dessen auch bewußt gewesen ist.

(1. Sen. v. 4. Dez. 1925; 1 D 552/25.) [A.]

17. [§ 263 StGB. Betrug durch Nachnahmebestellung.] †)

Der Angekl. bestellte für mehrere Hundert Mark Geflügel zwar gegen Nachnahme, er war damals aber, wie er wußte, nicht imstande, die Nachnahme einzulösen, er wollte auch von vornherein sie nicht einlösen, sondern mit „allen Mitteln" versuchen, die Ware von der Nachnahme frei zu machen und ohne Bezahlung „in die Hand zu bekommen". Er spiegelte C. zu diesem Zwecke unter irreführenden Angaben über seine geschäftlichen Verhältnisse und die angebliche Bestimmung des Geflügels für ein großes, von ihm zu lieferndes Essen und über die darin begründete Dringlichkeit der Bestellung bewußt wahrheitswidrig vor, es handele sich um den reellen durch Nachnahme gesicherten Barkauf eines zahlungsfähigen und zahlungswilligen Händlers. C. glaubte das und schickte deshalb das Geflügel von O. nach K. ab. Dabei stand von vornherein fest, daß er Bezahlung der Ware vom Angekl. weder bei Aufrechterhaltung noch bei Aufhebung der Nachnahme erlangen konnte, daß die Zurückrufung der leicht verderblichen Ware mit Verlust verbunden sein, und auch ein anderweitiger Absatz in K. von O. aus nur schwer und mit Zeitverlust, infolgedessen auch nur unter Wertminderung des Fleisches sich ermöglichen lassen würde. Bei dieser auch vom LG. berücksichtigten besonderen Sachlage war C. durch die Nachnahme nicht gegen Verlust geschützt, vielmehr war er an seinem Vermögen schon dadurch geschädigt, daß er die Ware aus der Hand gab; er war dadurch der Möglichkeit beraubt, das Geflügel ohne Verlust zu verwerten. Nach dem Urteile lag es im Plane des Angekl., daß C. durch Absendung der Ware in die ihn schädigende Zwangslage geriet. Sie rechtswidrig zu eigenem Nutzen auszubeuten und damit die Ware ohne Bezahlung zu erlangen, war Zweck und Ziel der irreführenden Nachnahmebestellung des Angekl. Daß er den erstrebten Vermögensvorteil nicht erlangt hat, steht der Annahme vollendeten Betrugs nicht entgegen. Die Entscheidung steht nicht im Widerspruch mit dem Urteile des erk. Sen. vom 26. Nov. 1918 (RGSt. 53, 162). Dort wird die rechtliche Möglichkeit nicht verneint, daß unter besonderen Umständen durch eine Nachnahmebestellung Betrug begangen wird.

(2. Sen. v. 30. Mai 1927; 2 D 398/27.) [A.]

18. [§ 263 StGB. Mangelnde Liquidität der Forderung des Darlehnsgebers begründet keinen Vermögensschaden. Berücksichtigung allgemeinkundiger Tatsachen in der Revisionsinstanz.] †)

Die StK. hätte prüfen müssen, ob die Darlehnsforderung von 29000 *RM* durch die Grundschuld und durch die Sicherungshypothek vollkommen gesichert i. d. S. war, daß der Gegenanspruch der Brauerei auf Rückzahlung der 29000 *RM* im Augenblick ihrer Hingabe im Hinblick auf die gewährten Sicherheiten als den 29000 *RM* gleichwertig erachtet werden

---

Jahrbuch 1911, § 263, 4 f. — aufgestellte Grundsatz, „daß eine Vermögensbeschädigung nicht angenommen werden kann, wenn die durch die Darlehenshingabe begründete Forderung trotz des Wegfalls des zugesagten Sicherungsmittels im Hinblick auf den Zahlungswillen und die Zahlungsfähigkeit des Darlehensschuldners als vollwertig zu erachten ist", nicht zu billigen. Vielmehr ist aus den angeführten Gründen für den Darlehensgläubiger durch die Täuschung über die Hypothek, ohne die er das Darlehen nicht geben wollte, eine Gefahr künftiger Verluste entstanden, durch die seine wirtschaftlichen Kräfte zur Zeit der Darlehensgewährung vermindert wurden. Diese Gestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse bedeutet bereits einen unter strafrechtlichem Schutz stehenden Vermögensschaden (vgl. Grünhut: JW. 1927, 1377[29]). Sofern der Darlehensgeber auf die Sicherung seines Anspruchs entscheidendes Gewicht legt, m. a. W. wenn die Täuschung über das Sicherungsmittel für die Vermögensverfügung kausal ist, hat die ungesicherte Forderung für den Gläubiger einen geringeren Wert als die gesicherte. In solchen Fällen ist in dem Wegfall eines zugesagten Sicherungsmittels unter allen Umständen eine Vermögensbeschädigung zu erblicken.

Würde man der Ansicht Bindings (a. a. O. S. 359) folgen, daß Rechte schon auf Grund der dem Vertragsschluß vorausgehenden Vorberedungen erworben werden, so wäre die Konstruktion einer Vermögensbeschädigung in Fällen der vorliegenden Art erheblich erleichtert. Der Schaden des Darlehensgebers wäre schon darin zu erblicken, daß sein durch die Vorberedung erworbener Anspruch auf hypothekarische Sicherung nicht erfüllt würde. Diese Bindingsche Lehre, die zu dem von der Rspr. seit RGSt. 16, 1 abgelehnten Ergebnis führt, daß derjenige einen Vermögensschaden erleidet, der nicht erhält, was er von Rechts wegen beanspruchen kann, ist aber rechtlich unhaltbar, obwohl nicht zu verkennen ist, daß sie einen kriminalpolitisch wertvollen Gedanken enthält (vgl. Hegler a. a. O. S. 426 Anm. 1; Eckstein: GoltdArch. 58, 340; Grünhut: JW. 1926, 2296[2, 3]).

Gegen die Ausführungen des Urt. zum subjektiven Tatbestand läßt sich nichts einwenden. Es ist zu berücksichtigen, daß hinsichtlich der Vermögensbeschädigung das Merkmal des Vorsatzes durch den bedingten Vorsatz erfüllt wird. Mithin ist das Bewußtsein der Vermögensbeschädigung schon gegeben, wenn der Täter mit der Möglichkeit einer Minderung des Gesamtvermögens rechnet und diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufnimmt. Inwieweit diese Voraussetzungen in concreto erfüllt sind, ist Tatfrage und läßt sich nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalles entscheiden. In Fällen der vorliegenden Art liegt aber nach dem Gesamtverhalten des Täters wohl stets die Vermutung nahe, daß er die vermögensschädigende Wirkung erkannt hat, die für den — auf Sicherheiten Wert legenden — Darlehensgeber im Austausch der Darlehenssumme gegen eine ungesicherte Forderung enthalten ist.

AGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 17. Wer ohne Zahlungswilligkeit und ohne Zahlungsfähigkeit unter Formen, welche normalerweise sofortige Barzahlung erwarten lassen, Waren bestellt, täuscht den Verkäufer über die Erfüllungsmöglichkeiten der Zahlungsverpflichtung. So RG.: LZ. 1915, 1383 und die herrschende Lehre zur Begründung der Strafbarkeit der Zechprellerei. Wer Waren gegen Nachnahme bestellt, verspricht dem Verkäufer sofortige Barzahlung, aber dieser wird dabei durch eine Täuschung nicht an seinem Vermögen geschädigt, weil er nicht die Ware, ohne das Geld erhalten zu haben, aus der Hand gibt (RG. 53, 162). Handelt es sich aber um leicht verderbliche Waren, so bedeutet die Zahlungsverweigerung des Empfängers für den Verkäufer die unangenehme Zwangslage, entweder Wertminderung und Unverkäuflichkeit der Ware oder Kreditierung des Kaufpreises hinzunehmen. Beides und damit auch diese Alternative ist für ihn ein wirtschaftlicher Vermögensschaden.

Für die Frage des Betruges kommt es darauf an, ob dieser Vermögensschaden durch jene Täuschung erklärt wird. Diese Frage des Kausalzusammenhanges ist letzten Endes eine Frage richterlicher Abwägung. Hat der Käufer nichts anderes getan, als lediglich „per Nachnahme" bestellt, ohne das Geld zur Einlösung zu haben, so erklärt sich der Vermögensschaden aus der Verderblichkeit der Ware, welche den Nachnahmeverkehr nicht in der gleichen Weise als Sicherungsmittel wirken läßt wie bei unverderblichen Waren. Hat aber der Besteller — wie offenbar im obigen Fall — mehr getan, hat er unwahre Angaben über seine Zahlungsverhältnisse usw. gemacht, so neigt sich die Waage nach der anderen Seite, und man wird sagen: in diesem Fall erklärt sich der Vermögensschaden durch die Täuschung des Bestellers, welche den Verkäufer veranlaßt hat, die Unsicherheit der Nachnahmesendung verderblicher Waren auf sich zu nehmen. Damit ist Betrug gegeben.

Die wirtschaftliche Vermögensauffassung führt zu einer Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes wirtschaftlicher Interessen. Aber sie ist nur um dieses Zieles willen gerechtfertigt. Die strafrechtliche Verfolgung jeder geschäftlichen Übervorteilung darf nicht dazu führen, die Last ziviler Rechtsverfolgung schlechthin auf das Strafrecht abzuwälzen. Dieses setzt auch im Betrugsfall eine Handlungsweise von kriminellem Gehalt voraus, und dazu gehört, daß der Eintritt des Vermögensschadens sich im wesentlichen aus einer wirklichen Täuschungshandlung des Täters erklärt.

Prof. Dr. Max Grünhut, Jena.

Zu 18. 1. In materiellrechtlicher Hinsicht ist dem Urt. beizupflichten; es entspricht der herrsch. Lehre und sonstigen Rspr. des RG. (vgl. auch JW. 1926, 2296[3] mit Anm. von Grünhut; zur Lehre vom Kreditbetruge neuestens auch Goldschmidt, ZStW. 48, 149 ff., bes. 160 ff.). Da es sich um Betrug bei Eingehung eines Vertrages handelt, kommt es darauf an, wie sich die gesamte Vermögenslage des Gläubigers infolge des Vertragsschlusses gestaltet,

konnte. War dies der Fall, so wäre eine Vermögensbeschädigung überhaupt nicht eingetreten und infolgedessen der Betrug nicht vollendet worden, so daß, wenn die Brauerei H. später aus dem Versteigerungserlöse des Grundstücks volle Befriedigung erlangt hat, nicht von einem nachträglichen Schadensausgleich die Rede sein könnte. Zur Begründung der Annahme einer Vermögensbeschädigung reicht daher die Ausführung der StK., durch die Hingabe baren Geldes gegen Übernahme der Grundschuld und Hypothek sei der Vermögensstand der Brauerei H. „wenig liquid, d. h. schlechter geworden", nicht aus. Vielmehr hätte die StK. die Feststellungen darauf erstrecken und prüfen müssen, ob die Brauerei aus der Grundschuld und der Sicherungshypothek mit Sicherheit volle Befriedigung hinsichtlich der 29000 *RM* erlangt haben würde. Die weitere Darlegung, daß die Festlegung von flüssigen Mitteln für eine Brauerei stets als eine Verschlechterung des „Status" angesehen werde, steht mit der allgemeinkundigen und deshalb auch der Berücksichtigung durch das RevG. zugänglichen Tatsache im Widerspruch, daß Brauereien in zahlreichen Fällen zur Vergrößerung ihres Bierabsatzes flüssige Mittel bei Gastwirten und anderen Bierabnehmern festzulegen pflegen, wenn sie dadurch die Aussicht auf Abnahme ihrer Biere von diesen erlangen. In dem hier gegebenen Falle ist nach den Urteilsfeststellungen der Darlehnsvertrag mit der Brauerei H. mit einem Bierlieferungsvertrage verbunden gewesen, der allerdings infolge der betrügerischen Vorspiegelungen des Angekl. nur in weit geringerem Umfange, als zugesichert, zum Bierabsatze an ihn geführt haben würde.

(1. Sen. v. 18. Febr. 1927; 1 D 85/27.) [A.]

19. [§ 274 StGB. Urkundenqualität eines Kontobuchs.]

Das Merkmal der Urkunde i. S. des § 274 Nr. 1 StGB. ist nicht verkannt. Die Feststellungen des angefochtenen Urteils gehen dahin, daß der Angekl. und seine Frau die Kolonialwarenhandlung und die Gastwirtschaft einer Frau E. pachtweise, die in den verbundenen Geschäften vorhandenen Waren aber käuflich übernommen haben. Der Bestand dieser Waren sollte nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten in der Weise aufgenommen werden, daß „beide Parteien in zwei besonderen Kontobüchern Aufzeichnungen machen sollten, die von Zeit zu Zeit verglichen wurden". Jede Partei sollte also für sich ein Verzeichnis der Waren in Buchform anlegen, das Verzeichnis aber die Grundlage für die Berechnung der vom Angekl. und seiner Frau der Verkäuferin E. zu zahlenden Warenpreise bilden. Danach war jedes „Kontobuch" geeignet und bestimmt, nicht nur die Tatsache zu beweisen, daß die in ihm verzeichneten Waren im Geschäfte der E. vorhanden waren, sondern darüber hinaus auch Beweis zu erbringen für bestimmte aus dem Warenverkaufe sich ergebenden Rechtsfolgen, besonders für die Übernahme der Waren durch die Käufer und für den von ihnen der Verkäuferin geschuldeten Kaufpreis. Damit war das „Kontobuch" der E. eine Urkunde sogar i. S. des § 267 StGB., erst recht aber i. S. des § 274 Nr. 1 StGB.

(1. Sen. v. 24. Juni 1927; 1 D 541/27.) [A.]

nicht darauf, ob er den Vertrag ohne die Täuschung nicht geschlossen hätte. Die Erwägung der StK., durch die Hingabe baren Geldes gegen Übernahme der Grundschuld und Hypothek sei der Vermögensstand der Brauerei weniger liquid geworden, trifft nicht den Kern der Sache. Denn das ist die Folge eines jeden derartigen Darlehnsgeschäftes, nicht aber die Folge der Täuschung.

2. „Daß Brauereien in zahlreichen Fällen zur Vergrößerung ihres Bierabsatzes flüssige Mittel bei Gastwirten und anderen Bierabnehmern festzulegen pflegen usw." ist keine „Tatsache", sondern ein allgemeiner Erfahrungssatz. Einen solchen aber darf das RevGer. stets selbständig berücksichtigen, also nicht nur dann, wenn er allgemeinkundig ist. Hier klingt anscheinend wieder die auch sonst mitunter in der Rspr. des RG. angedeutete Unterscheidung zwischen allgemeingültigen und nur örtlich begrenzten Erfahrungssätzen an (vgl. dazu meine „Revision" S. 47 u. 117; etwas eingeschränkter Alsberg: JW. 1923, 758).

LGR. PrivDoz. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 20. Die angeklagten Bankbeamten haben für bankmäßige Geschäfte der Bankkunden an Stelle der normalen, durch die allgemeinen Vertragsbedingungen der Bank festgelegten Provision von 2% eine solche von 0,8% berechnet. Die Subsumtion dieses Verhaltens unter den Tatbestand der Untreue erfordert eine Prüfung nach der Seite des tatbestandsmäßigen Objektes und der tatbestandsmäßigen Handlung.

a) Tatbestandsobjekt der Untreue sind Forderungen des Auftraggebers. Über die Art der Zuordnung, die in diesem Possessivpronomen zum Ausdruck kommt, herrscht Streit. Dem Wortlaut des § 266 Abs. 2 entspricht die engere Auffassung, wonach der Auftraggeber Subjekt des obligatorischen Rechtsverhältnisses, Gläubiger der Forderung sein muß, nicht anders wie die Untreue an Sachen sein Eigentum an den veruntreuten Gegenständen voraussetzt (Frank, III zu § 266; Schwartz, 4e zu § 266). Zugleich steht diese Interpretation in Einklang mit dem gesetzgeberischen Grundgedanken, den Schutz gegen den Vertrauensbruch von Vermögensverwaltern bei der Bevollmächtigtenuntreue mit der Ahndung der rechtswidrigen Aneignung von Forderungen zu verbinden (Binding, Lehrb. I, 395). Im Gegensatz dazu sucht eine weitere Auffassung den Tatbestand des § 266 Abs. 2 auch auf solche Fälle auszudehnen, bei welchen die Forderung lediglich unter wirtschaftlichen Gesichts-

20. [§ 266 Nr. 2 StGB. „Verfügung" setzt Herbeiführung einer rechtlichen Änderung des Anspruchsinhaltes nicht voraus.]†)

Die auf den Namen von Frau K. und von Dr. G. geführten Konten sind in der Weise mit dem Einverständnis der beiden Genannten errichtet worden, daß diese der Bank gegenüber als die Kunden galten, also aus den abgeschlossenen Effektengeschäften Ansprüche gegen die Bank erlangten und in Hauptsache und Nebenforderungen Schuldner der Bank geworden sind. Das zwischen Frau K. und dem angeklagten (Bankbeamten) G. und zwischen Dr. G. und (dem Angekl. Bankbeamten) Sch. bestehende Rechtsverhältnis war der Bank nicht bekannt — sollte ihr gerade unbekannt bleiben — und war für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Bank zu Frau K. und zu Dr. G. ohne Belang. Aus dieser Rechtslage ergab sich ohne weiteres, daß die auf den Namen und im Rechtsverhältnis gegenüber der Bank auch auf Rechnung der Kontoträger gehenden Geschäfte als solche fremder Kunden zu beurteilen sind und sich die Höhe der für die Geschäfte zu berechnenden Provisionen hiernach richtete. Nur für Geschäfte von Angestellten — soweit diese mit Zustimmung der Bank stattfanden und als solche erkennbar waren — wurde ein niedrigerer Provisionssatz berechnet. Hiernach ist es nicht rechtsirrig, wenn die StK. davon ausgegangen ist, daß in beiden Fällen für alle ausgeführten Geschäfte, Käufe und Verkäufe, eine Provisionsforderung von 2% entstanden ist und also hätte verrechnet werden müssen. Fehl geht die Ausführung der beiden Revisionen, die Bank habe keinen Anspruch darauf gehabt, daß die Angekl. die fraglichen Geschäfte überhaupt machten. Es kommt nur darauf an, daß diese Geschäfte und daß sie der Bank gegenüber auf den Namen und für Rechnung der Kontoinhaber gemacht worden sind. Aus dieser Tatsache ergab sich für jedes einzelne Geschäft ohne weiteres der Anfall einer Provision von 2%. Es ist aber bei der festgestellten Sachlage auch die Auffassung der StK. nicht zu beanstanden, daß sich die Angekl. je eines Vergehens nach § 266 Nr. 2 StGB. schuldig gemacht haben, indem sie, mit der Leitung der Depositenkasse betraut, die Provisionen für die bezeichneten Geschäfte nur zu einem Satze von 0,8% berechneten. Zwar ist die Höhe des der Bank gegenüber den Kunden zu 2% zustehenden Provisionsanspruchs rechtlich nicht dadurch herabgesetzt worden, daß auf beiden Konten nur 0,8% berechnet wurde, der Anspruch der Bank gegen die beiden Kunden ging vielmehr in Wirklichkeit trotzdem auf 2%. Indessen kann gegenüber der mehrfach in reichsgerichtlichen Entscheidungen geäußerten Auffassung nicht daran festgehalten werden, daß nur die Herbeiführung einer wirklichen, rechtlichen Änderung des Anspruchsinhalts als eine „Verfügung" i. S. des § 266 Nr. 2 angesehen werden könnte. Einer Anrufung der vereinigten Strafsenate bedarf es nicht. Die Urt. in RGSt. 39, 335 und 46, 149 haben die hier erörterte Rechtsfrage dahingestellt gelassen und beruhen nicht auf jener Auffassung. Die Entsch. in GoltdArch. 47, 450, auf die sie verweisen, geht selbst davon aus, daß der Sachverhalt nur unklar festgestellt sei, so daß nicht ersichtlich sei, welcher Art die von den damaligen Angekl. an der Forderung des Vollmachtgebers vorgenommene Veränderung gewesen sei, und läßt

offen, ob es für die Beurteilung des Falles auf die hier erörterte Frage überhaupt ankäme. Im übrigen kann wohl nach der a. a. O. gegebenen Darlegung des Sachverhalts kaum daran gezweifelt werden, daß der damalige Angekl. durch seine Handlung für seinen Vollmachtgeber überhaupt keine Forderung gegen den mit ihm unter einer Decke steckenden Mitangekl. begründet hat, so daß hier ein Verfügen über eine Forderung des Vollmachtgebers gar nicht in Frage kommen konnte. In dem — übrigens von dem erk. Sen. erlassenen — Urteil in GoltdArch. 59, 122 aber kam auch wieder, auch wenn man für den Tatbestand der Untreue eine Veränderung des tatsächlichen Bestandes der Forderung für ausreichend erachtete, gleichwohl keine Verfügung über die Forderung des Vollmachtgebers in Frage, da dort durch das bloße Verschweigen der vom Angekl. entgegengenommenen Bestellungen an der Forderung des Vollmachtgebers überhaupt keine Veränderung vorgenommen worden ist. Bestimmter spricht allerdings das Urt. des 4. StS. v. 21. Febr. 1922, 4 D 1517/21, aus, daß „bei Forderungen nach der Natur dieses Vermögensbestandteils eine Verfügung regelmäßig nur durch eine Beeinträchtigung des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Anspruch werde geschehen können", und daß nicht abzusehen sei, inwiefern eine „bloße Nichteinziehung des Wagenstandgelds oder seine bloße Nichteintragung in die dafür vorgeschriebenen Bücher das rechtliche Verhältnis des Eisenbahnfiskus zu dieser ihm zustehenden Forderung verändert haben sollten". Aber auch diese Entscheidung ist nicht von der Rechtsauffassung, die der erk. Sen. wenigstens in solcher Allgemeinheit ablehnen muß, getragen, da durch sie das angefochtene Urt. wegen eines Verfahrensmangels aufgehoben worden ist und obige Rechtsausführungen der StK. nur zur Beachtung bei der neuen Verhandlung an die Hand gegeben wurden. Entgegen den in diesen Urteilen ausgesprochenen Bedenken kann nun eine „Verfügung" zum Nachteil des Vollmachtgebers, d. i. der Bank, nach Lage der Sache auch darin gefunden werden, daß im Rahmen eines geregelten Geschäftsverkehrs ein dem Vollmachtgeber entstandener Anspruch in die Geschäftsbücher und Rechnungen mit einem zu niedrigen Betrage eingestellt und dadurch bewirkt wird, daß er innerhalb des sich im übrigen ordnungsmäßig abspielenden Geschäftsbetriebes des Vollmachtgebers zu niedrig erscheint und darum mit Wahrscheinlichkeit zu einer Befriedigung des Vollmachtgebers mit einem zu niedrigen Betrage führt. Die Bedenken, die hierzu von der Revisionsbegründung für Sch. ausgeführt werden, sind nicht stichhaltig. Daß der Provisionsanspruch wirklich zu 2% und nicht zu 0,8% begründet worden ist, ist schon oben ausgeführt worden. Daß sich aber die Angekl. bewußt waren, für die von

---

punkten zu dem Vermögen des Auftraggebers zu zählen ist. RGSt. 26, 106 dehnt die Zugehörigkeit auf solche Gegenstände aus, welche der alleinigen verantwortlichen Obhut des Auftraggebers anvertraut sind, so daß der Bevollmächtigte des Konkursverwalters durch Verfügung über Massestücke Untreue — gegen den Konkursverwalter begeht. Beim verdeckten Prokuraindossament nehmen Staub-Stranz (WO. 11. Aufl. 1926, a 17, Anm. 8 und 14a) ein gespaltenes Eigentum in dem Sinne an, daß lediglich der Indossatar zur Geltendmachung der Wechselrechte als Eigentümer erscheint, während bei allen anderen Eigentumsfragen zur Geltung kommt, daß er in Wahrheit kein Eigentümer ist. Infolgedessen nimmt BayObLG.: JW. 1926, 1574 unter Zustimmung von Geiler (ibidem) strafbare Untreue des Inkassogiratars an. Für § 9 DepGes. lehnt neuerdings Feisenberger (Stenglein, Nebengesetze, 5. Aufl. 1927, II. Bd., Anm. 5 zu § 9) im Gegensatz zur herrschenden Lehre (RGSt. 47, 38 ff.) das Erfordernis ab, daß die Wertpapiere nicht im Eigentum des Täters stehen: dem — übrigens im Wortlaut des Tatbestandes nicht enthaltenen — Worte „fremd" müsse „ein wirtschaftlicher Sinn gegeben werden". Ebermayer befürwortet eine Berücksichtigung „gewisser wirtschaftlich veranschlagbarer Befugnisse" (LpzKomm. Note 18 zu § 266). Am ausführlichsten hat sich Kronecker mit diesem Problem befaßt. Er bringt den § 246 mit der zivilistischen Eigentumsordnung, den § 266 aber mit der bloß wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit in Verbindung (GoltdArch. 34, 403; ähnlich RGSt. 39, 414).

Diese ganze Entwicklung ist noch im Flusse (Klee, Zbl. f. HR. 1926, 335 ff.). Es bedarf namentlich einer Differenzierung zwischen den Fällen, wo zivilrechtl. wirklich das Eigentum „gespalten" ist, und denen, wo wirtschaftl. Zugehörigkeit wie Eigentum behandelt wird. Für das Strafrecht muß der Grundsatz gelten, daß wirtschaftl. Gesichtspunkte zwar den Maßstab bilden, nach dem Vorhandensein, Gewinn und Verlust des Vermögens zu bestimmen sind, daß aber die Zuordnung der Vermögensgüter zu bestimmten Subjekten eine spezifisch rechtliche Frage ist. Wo die Rechtsanwendung auch für diese Frage die wirtschaftliche Zugehörigkeit entscheidend sein läßt, geschieht das im Wege der Analogie, die für die Ausscheidung von Haftungsgegenständen bei der Zwangsvollstreckung in den Fällen der § 771 ZPO. und § 43 KO. in dem gleichen Maße angebracht (Stein-Jonas, ZPO. II 1 zu § 771) wie sie zur Strafbegründung unzulässig ist.

Diesem engeren Standpunkt entspricht es, wenn das obige Urt. von der Feststellung ausgeht, Gegenstand der Untreue sei eine Forderung der Bank, nämlich der Anspruch in Höhe von 2%, der aus Kundengeschäften nach den Bankbedingungen nur in dieser Höhe entstehen konnte. Das entnimmt das RG. im wesentlichen den Feststellungen der StK. Dabei ist es freilich schwer vorstellbar, wie die Angekl., wenn der Bank gegenüber ein wirklicher Kundenauftrag vorlag, — rein tatsächlich — auf dem Kundenkonto eine Buchung in Höhe von nur 0,8% bewirken konnten. Denn wenn, was naheliegt, die Angekl. die Wünsche der Kunden als fingierte Angestelltenaufträge behandelten, wären zwischen der Bank und den Kunden keine unmittelbaren rechtlichen Beziehungen und damit keine Forderung jener gegen diese entstanden (vgl. hierzu die v. Urt. zit. Entsch. GoltdArch. 47, 450). Diese Würdigung der rechtlichen Tragweite jener Abmachungen ist in dem obigen Urt. nicht mit voller Schärfe von der bloßen Tatsachenfeststellung dessen, was die Leute gesagt und gemeint haben, geschieden. Daß das Revisionsgericht seine Prüfung auf den objektiven Sinn dieser Erklärungen erstrecken kann, entspricht gerade der Tradition des 1. StS. (RGSt. 33, 80 und Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision, 1925, S. 122 f.).

b) Stellt man sich auf den Standpunkt, es sei ein Provisionsanspruch der Bank in Höhe von 2% entstanden, so erhebt sich die weitere Frage, ob die Angekl., wenn sie diese Forderung nur in Höhe von 0,8% einstellten, über diese Forderung der Bank zu deren Nachteil „verfügt" haben. In rechtlichem Sinne ist damit die Forderung weder in ihrer Substanz noch in ihrem Verhältnis zum Gläubiger verändert. Ebermayer, LeipzKomm. N. 20 zu § 266 beschränkt die tatbestandsmäßige Verfügung über Forderungen, da bei diesen Besitz nicht in Frage komme, auf „Veränderung schlechthin rechtlicher Art". Daß er sich dabei nicht auf RGSt. 39, 337; 46, 149; GoltdArch. 47, 450 stützen kann, ist dem Urt. zuzugeben: jene Entsch. beruhen in der Tat nicht auf diesem Grundgedanken. Aber damit ist nicht gesagt, daß jeder über fremde Forderungen verfügt, der ihren wirtschaftlichen Wert herabmindert. Auch im Betrugstatbestand ist für das „ungeschriebene Merkmal" der Vermögensverfügung des Getäuschten eine besondere Form der Vermögensverschiebung erforderlich: eine „unmittelbare Herbeiführung der Vermögensbeschädigung" im Sinne Franks (IV zu § 263) oder genauer eine solche, bei welcher „für die juristische Beurteilung der Vermögensschade als des Getäuschten eigenes Werk erscheint" (JW. 1925, 1197 f. [38]), während hier gerade Ebermayer (LeipzKomm. 5a zu § 263) den weiteren Standpunkt vertritt, wonach jedes Verhalten genügt, welches eine wirtschaftliche Vermögensminderung „bedingt". Aber auch für die engere Auffassung bildet eine Einwirkung, welche die Erfüllung eines Anspruches ganz oder teilweise vereitelt oder erheblich erschwert, eine Vermögensverfügung i. S. des Betruges und eine derartige Einwirkung kann darin liegen, daß eine Warenmenge oder eine Forderung in den Büchern des getäuschten Berechtigten abgebucht wird (hierzu ausführlich RG.: JW. 1926, 1198 [39]), obwohl der Eintrag als solcher für die Forderung keinerlei konstitutive Bedeutung hat (RG.: LZ. 1923, 654). Daraus folgt aber keineswegs, daß für den Tatbestand der Untreue das gleiche gilt. Betrug ist ein Motivationsdelikt, bei dem es darauf ankommt, ob sich der Geschädigte durch Täuschung zu der verhängnisvollen Vermögensverfügung hat bestimmen lassen. Die Rechtsnatur der Untreue ist bestritten. Sieht man mit Freudenthal (VDB. 8, 116 f.) das Wesen dieses Delikts in der Verletzung einer Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge, so kann man den Begriff der pflichtwidrigen Vermögensverfügung ebensoweit fassen, wie den der infolge des Irrtums vorgenommenen Vermögensverfügung beim Betrug. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn man mit dem RG. nicht mehr als einen gewissen Zusammenhang der Verfügung mit dem Auftrag des Vollmachtgebers annimmt (RGSt. 32, 26). Insofern liegt das obenstehende Urt. durchaus in der Richtung der bisherigen Judikatur. Hier liegt aber zugleich der Angriffspunkt für die Kritik. Eine klare Scheidung zwischen Veruntreuung i. S. von § 246 a. E. und der Untreue des § 266 Abs. 2 ist nur möglich, wenn man mit Binding (Lehrb. I, 396) den Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht als das Kennzeichen des letztgenannten Deliktes ansieht, d. h. ein Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens. Von diesem Standpunkt aus kann nur eine solche Handlung „Verfügung" i. S. des § 266 Abs. 2 sein, welche rechtlich nach außen hin für und gegen den Vollmachtgeber wirkt, d. h. die dieser nach § 164 Abs. 1 BGB. gegen sich

ihnen in der angegebenen Weise abgeschlossenen Geschäfte nicht den ermäßigten Provisionssatz berechnen zu dürfen, ist im angefochtenen Urteil ausdrücklich festgestellt, was gegenüber den von dem Angekl. Sch. in der Revisionsverhandlung gemachten Ausführungen noch hervorzuheben ist; daraus folgt ohne weiteres, daß die Angekl., wenn sie trotzdem zu dem ermäßigten Provisionssatze rechneten, die Bank um den Unterschied zwischen dem regelmäßigen und dem ermäßigten Satze verkürzten, also absichtlich zum Nachteil der Bank handelten.

(1. Sen. v. 17. Dez. 1926; 1 D 595/26.) [D.]

****21.** [§ 241 KO. Möglichkeit der Beihilfe des begünstigten Gläubigers an dem Vergehen des Schuldners nach § 241 KO.]†)

Es kann sich nur darum handeln, ob oder inwieweit eine Teilnahme des begünstigten Gläubigers an dem Vergehen des Schuldners gegen § 241 KO. etwa aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Die StK. ist auf diese im Schrifttum bestrittene Frage nicht eingegangen. Nach der ständigen Rspr. des RG., an der der Senat festhält, finden auf das im 3. Buch der KO. geregelte Konkursstrafrecht die allgemeinen Vorschriften des StGB. über die Teilnahme Anwendung, sofern nicht aus jener Sonderregelung sich etwas Gegenteiliges ergibt. Wäre der Auffassung beizutreten, daß überall, wo das Gesetz für eine notwendige Teilnahme erfordernden Straftatbestand bloß bezüglich des eigentlichen Täters eine Strafandrohung ausspricht, der notwendige Teilnehmer unter allen Umständen straflos bleiben müsse, so würde demgemäß im Fall des § 241 KO. die Strafbarkeit des begünstigten Gläubigers überhaupt nicht in Betracht kommen können. Demgegenüber hat jedoch das RG. — abgesehen von den lediglich den Schutz des notwendigen Teilnehmers bezweckenden Delikten (vgl. RGSt. 18, 273 [281]) — stets den Standpunkt vertreten, daß dessen Straflosigkeit nicht weiter reiche als die Notwendigkeit seiner Teilnahme (vgl. u. a. bez. der Kuppelei RGSt. 25, 369 [370]). Derselbe Grundsatz ist in zahlreichen Entsch. bezüglich des § 241 KO. ausgesprochen worden, indem besonders aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und ihrer Begründung gefolgert wurde, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könne, den Gläubiger zu bestrafen, der sich auf die notwendige Teilnahme an seiner Begünstigung, nämlich auf die bloße Annahme der ihm vom Schuldner freiwillig angebotenen Sicherung oder Befriedigung beschränke (RGSt. 2, 439 [440 ff.]; 5, 275, 435; 20, 214 [216]; 29, 304 [306]; 39, 134 [135]; 48, 19 [21]). Die hier angeführten Entsch. erkennen sämtlich aus diesem Grunde die rechtliche Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme des begünstigten Gläubigers an dem Vergehen des Schuldners nach § 241 KO. in der Form der Anstiftung an. Folgerichtig muß dasselbe für die Beihilfe gelten. Denn

---

gelten lassen muß (Leopold, Tatbestand der Untreue, Strafrechtl. Abhdlg. 94, 1908, S. 33). Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine derartige rechtliche Bindung, sondern um eine im tatsächlichen Ablauf des Geschehens begründete wirtschaftliche Wertminderung. Nicht die isolierte Auslegung eines einzelnen Merkmals, sondern die Berücksichtigung der Gesamtstruktur des Tatbestandes führt zu den entscheidenden Bedenken gegen den Versuch, auf dem Boden des geltenden Rechts den strafrechtlichen Schutz wirtschaftlicher Interessen bei der Untreue in dem hier erstrebten Maße auszudehnen. Solange die Untreue des Bevollmächtigten an die Forderungsaneignung gebunden ist, wird ihr formaler Charakter in der Rechtsanwendung hinter den kriminalpolitischen Bedürfnissen zurückbleiben. Prof. Dr. Max Grünhut, Jena.

Zu 21. 1. Nach der ständigen Rspr. des RG. finden die allgemeinen Vorschriften des RStGB. über die Teilnahme auf das im dritten Buch der KO. geregelte Konkursstrafrecht Anwendung, sofern nicht die Sonderregelung entgegensteht. So ist für betrügerischen Bankrott (§ 239 KO.) Mittäterschaft angenommen in RGSt. 31, 40 f. Eine solche ist danach begrifflich bedingt, einerseits durch den Umstand, daß es sich um eine einheitliche Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung der mehreren Schuldner (Täter) handelt, andererseits durch eine — wenigstens partielle — Gemeinsamkeit der Gläubigerschaft, deren Benachteiligung von den Tätern beabsichtigt wird. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so könnte immer noch Anstiftung oder Beihilfe in Frage kommen.

Auf Beihilfe (§ 49 RStGB.) beziehen sich dann auch ausdrücklich RGSt. 9, 430 u. 21, 291, welche beim Vorliegen des Tatbestandes des § 49 zit. zwischen § 239 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 u. § 242 KO. Idealkonkurrenz bejahen.

Einem Fall der Mittäterschaft am einfachen Bankrott des § 240 KO. beim Vorhandensein einer Mehrzahl von Vorstandsmitgliedern einer AktG. betrifft RGSt. 13, 235. Daß aber auch Beihilfe zu diesen Vergehen bei vorsätzlichem Handeln des Schuldners, wie die Nr. 2 es stets voraussetzt, rechtlich möglich sei, ergeben RGSt. 16, 277; 27, 316; 45, 93 u. JW. 1914, 896[20]. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den in § 240 unter Nr. 1 bis 4 genannten Bankrotthandlungen u. der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung ist nicht erforderlich, sondern nur eine tatsächliche Beziehung zwischen diesem äußeren objektiven Tatbestandsmerkmal und eine jener Handlungen. Der Vorsatz des Gehilfen braucht also diese Beziehung nicht mitzuumfassen, die Beihilfe setzt neben dem Bewußtsein des Gehilfen, daß die eigene Tätigkeit die des Haupttäters fördere, nur noch seine Kenntnis von der vorsätzlichen Willensrichtung des Schuldners bei Vornahme seiner Handlung voraus.

2. In der vorliegenden Entsch. handelt es sich um eine Gläubigerbegünstigung aus § 241 KO.

Die Möglichkeit strafbarer Teilnahme ist auch für dieses Vergehen wiederholt anerkannt worden, und zwar nicht bloß als Mittäterschaft beispielsweise bei gütergemeinschaftlichen Ehegatten (RGSt. 9, 161) oder Miterben, sondern auch als Anstiftung ebendort u. in RGSt. 5, 276 u. 435.

Es fragt sich aber, ob auch der begünstigte Gläubiger der strafbaren Teilnahmen sich schuldig machen kann. Zweifelsohne bleibt er im Falle der bloßen Annahme der Leistung, in seiner für die Vollendung der Straftat notwendigen Teilnahme straflos (RGSt. 2, 439; 5, 435; 20, 216), zumal die Vorschrift des § 241 die Handlung des Annehmens mitumfaßt und eine Straftat nur auf seiten des gewährenden Schuldners festgestellt hat. Dies gilt auch dann, wenn ein Bevollmächtigter des Gläubigers die dem § 241 zuwiderlaufende Sicherung oder Befriedigung (Pfand oder Leistung an Zahlungs Statt) erhalten hat. Wenn aber die Mitwirkung des Gläubigers sich hierauf nicht beschränkt, wenn er es war, der über jene passive Rolle hinaus die Gewährung der inkongruenten Deckung herbeigeführt hat, sei es, daß er den Schuldner hierzu durch Überredung oder andere Mittel vorsätzlich bestimmt oder ihm zur Begehung der Straftat durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat (§§ 48, 49 StGB.), so hat er sich der Anstiftung bzw. Beihilfe zu dem Vergehen schuldig gemacht.

Diese Auffassung ist in den in obigem Urt. in Bezug genommenen, von mir z. T. bereits erwähnten älteren Entsch., namentlich in RGSt. 2, 439; 5, 275 u. 435; 20, 214; 48, 18 vertreten. Der letzteren Entsch. lag der Tatbestand zugrunde, daß der Geschäftsführer einer überschuldeten und zahlungsunfähigen GmbH. auf Veranlassung eines Gläubigers derselben X. die Stellung des Konkursantrags unterließ, um dem Gläubiger zum Nachteil der übrigen Gläubiger eine — wenigstens teilweise — Befriedigung zu ermöglichen. In Ausführung dieser Vereinbarung hatte X. einen Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl gegen die GmbH. wegen seiner Forderung erwirkt, daraufhin das gesamte Warenlager und Inventar pfänden und versteigern lassen und in der Versteigerung die Pfandstücke selbst erworben. Die Verurteilung des X. wegen Anstiftung zu dem Vergehen gegen § 241 erschien deshalb gerechtfertigt.

Hierbei wird zugleich betont, daß es darauf nicht ankomme, ob der Konkursverwalter die Anfechtung der inkongruenten Deckung — aus welchem Grunde immer — verabsäumt habe oder nicht.

Das vorliegende Revisionsurteil nimmt in der Frage der rechtlichen Möglichkeit, daß der begünstigte Gläubiger selbst als Anstifter oder Gehilfe strafbar beteiligt sein könne, den gleichen Standpunkt ein wie die bisherige oberstrichterliche Rechtsprechung. Der Fall betrifft eine Sicherungsübereignung und hat um deswillen eine große praktische Bedeutung. Denn gerade auf diesem Wege sucht mancher Gläubiger von dem konkursreifen Schuldner durch mehr oder minder zweifelhafte Mittel noch in letzter Stunde eine Deckung zu erlangen.

Ich halte die Entsch. für zutreffend und teile auch nicht die Besorgnis, daß die zugrunde liegende Rechtsauffassung praktisch über das Ziel hinausschieße.

Bedenkt man, daß einerseits die Strafbarkeit aus § 241 ausgeschlossen wird sowohl durch einen Irrtum des Schuldners über seine Zahlungsunfähigkeit als auch durch sein mangelndes Bewußtsein der Inkongruenz der Leistung, und daß man andererseits in der notwendigen Teilnahme des begünstigten Gläubigers an dem Vergehen des Schuldners keine strafbare Beihilfe zu finden hat, so wird die Bestrafung eines durch die inkongruente Leistung begünstigten Gläubigers doch nur verhältnismäßig selten stattfinden können

Immerhin möchte ich die Gläubiger warnen: discite moniti.

JR. Bendix, Breslau.

auch hier versagt, sobald es sich um eine über die bloße Annahme hinausgehende aktive Unterstützung des Haupttäters durch Rat oder Tat des Gläubigers handelt, der Gesichtspunkt, daß die strafbare Tätigkeit des Schuldners ohne die Annahme des Angebots durch den Gläubiger nicht denkbar sei, und daß aus dem Schweigen des Gesetzes über diese notwendige Mitwirkung auf ihre Straflosigkeit geschlossen werden müsse. Ob sich der Angekl. D. in diesem Sinne als Anstifter oder Gehilfe bez. seiner Begünstigung durch Johann H. strafbar beteiligt hat, läßt sich nach den bisherigen Feststellungen der StK. nicht mit Sicherheit beurteilen. Da jedoch nach dem Urteile H., als er wegen der Pfändung des Warenlagers und der Möbel sein Geschäft hatte schließen müssen, den Angekl. D. aufgesucht hat, „um sich mit ihm zu verständigen", so liegt die Annahme nahe, daß der Gedanke der Sicherungsübereignung v. 18. Juni 1925 von D. ausgegangen ist, und daß dieser aus seinem Bestreben heraus, sich das „Restvermögen seines Schuldners zu sichern", den H. i. S. des Vertragsschlusses bearbeitet oder beraten hat. Nach dieser Richtung bedarf der Sachverhalt weiterer Klarstellung. Das nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, die dem Antrage des Oberreichsanwalts entspricht.

(3. Sen. v. 2. Juni 1927; 3 D 238/27.) [A.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Preußen.

1. § 52 Abs. 3 HGB.; §§ 168, 672, 675 BGB. **Die Prokura erlischt nicht mit dem Tode des sie erteilenden Einzelkaufmanns.**

Allerdings wird die Prokura nicht für die Dauer des Geschäfts, sondern regelmäßig nur für die Zeit erteilt, während der der erteilende Inhaber das Geschäft betreibt. Daraus ergibt sich, daß sie mit der Veräußerung des Geschäfts und bei der Umwandlung des mit der Veräußerung des Geschäfts und bei der Umwandlung des einzelkaufmännischen Geschäfts in eine OffHG. erlischt (OLG. 11, 378; 34, 332). Wenn das LG. das gleiche aber auch (entgegen der von ihm angeführten Meinung von Rspr. und Schrifttum) für den Fall des Todes gelten lassen will, so verkennt es die von der Einzelnachfolge durchaus verschiedene Wirkung der Gesamtrechtsnachfolge. Diese besteht darin, daß der Nachfolger in alle Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers eintritt, sofern es sich nicht um „höchstpersönliche" handelt; diesen Ausdruck aber verwendet das LG. im Anschluß an **Brand** (4b zu § 52 HGB.) hier zu Unrecht und unter Außerachtlassung der von ihm in anderem Zusammenhange selbst angeführten §§ 168, 672, 675 BGB. Nach diesen Bestimmungen erlischt im Zweifel weder der Auftrag noch der Dienstvertrag, die die regelmäßige Grundlage der Prokura (einer besonders gestalteten Art der Vollmacht — vgl. **Staub** § 48 A. 2) bilden, und daher nach § 168 BGB. auch die Prokura selbst nicht durch den Tod des Auftraggebers; wenn § 52 Abs. 3 HGB. dies noch besonders ausspricht, so hat dies im wesentlichen Bedeutung nur für das Außenverhältnis gegenüber Dritten bei gegenteiliger Vereinbarung zwischen Geschäftsherrn und Prokuristen (vgl. **Dür.-Hach.** 7 zu § 52). Für den Regelfall aber ergibt sich schon aus den Vorschriften des BGB., daß die Prokura, gerade anders als bei Veräußerung und Umwandlung in eine OffHG., durch den Tod des Geschäftsherrn nicht erlischt. Gegenüber diesen positiven Gesetzesbestimmungen kann die Erwägung über ein vermeintliches „höchstpersönliches" Vertrauensverhältnis nicht die Annahme des Erlöschens durch den Todesfall rechtfertigen. Wenn das LG. in seinen weiteren Ausführungen die Prokura erst nach Ablauf „des Stadiums zwischen Tod des Inhabers und Eintritt des Erben im Innenverhältnis zu diesem ihr Ende erreichen" lassen will, so setzt es sich damit nicht minder mit den ausdrücklichen Bestimmungen des BGB. in Widerspruch, übersieht aber auch, daß ein solches Stadium zwischen Tod und Eintritt des Erben gar nicht besteht, der Erbe vielmehr „mit dem Tode" des Erblassers dessen Vermögen erwirbt, also in seine sämtlichen Rechtsbeziehungen „eintritt" (§§ 1922, 1953 BGB.). Damit erweist sich auch die Erwägung des RegGer. als irrig, daß die Prokura nicht mit dem Tode des Inhabers, wohl aber durch den Übergang der Firma auf einen anderen Inhaber erlösche; denn beim Todesfalle bewirkt zwangsläufig und ausnahmslos der Tod auch einen solchen Übergang, so daß die erwähnten Vorschriften des BGB. und des § 52 Abs. 3 HGB. für das Innenverhältnis, für das die ersteren gerade geschaffen sind, jegliche praktische Bedeutung verlören und damit, da sie überhaupt keine Anwendung im Gebiete der Prokura finden könnten, insoweit jeden Sinn einbüßten. Vom „Inhaber" aber ist Prokura auch hier erteilt, da der Erbe in die gesamten Rechtsbeziehungen des Erblassers eingetreten ist und damit auch „der Inhaber" i. S. des § 48 HGB. keine Veränderung erfahren hat.

(KG., ZS. 1b, Beschl. v. 26. Mai 1927, 1b 325/27.)

Mitgeteilt von KGR. Siehr, Berlin.

*

2. Art. II Abs. 2 S. 2 Ges. v. 28. Juni 1926. **Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft kann auch nach dem 30. Juni 1926 eingetragen werden, wenn sie vor dem 1. Juli 1926 beschlossen und angemeldet worden ist.** †)

Die Vorschrift des Art. II Abs. 2 S. 2 schließt sich offensichtlich an § 42 2. DurchfVO. z. GoldBilVO. an, der den Begriff der Neugründung gleichfalls auf den Fall der Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft (unter Anführung im wesentlichen gleicher Beispiele) ausdehnt und nur zusätzlich verlangt, daß „die Gesellschaft nicht mehr als eine Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft angesehen werden kann". Wenn Art. II Abs. 2 S. 2 schon eine „wesentliche Änderung" genügen läßt, so ist doch aber auch für seinen Erlaß, wie die Begründung (RTDrucks. 2354 — III. Wahlper. 1924/26) zeigt, ähnlich wie für die Vorschrift jenes § 42, der Zweck entscheidend gewesen, einer Umgehung des Ges. durch Mantelkäufe vorzubeugen; er soll sich, nach der Ausdrucksweise der Begründung, gegen „eine durchgreifende Umbildung des Unternehmens" richten, die „im tatsächlichen Ergebnis einer Neuerrichtung nahekommt". Ist dies aber der Sinn der Vorschrift des Abs. 2 S. 2, so ist es allerdings unmöglich, sie auch dann anzuwenden, wenn die wesentliche Änderung bereits vor dem 1. Juli 1926 beschlossen und zur Eintragung angemeldet worden war und lediglich ihre Eintragung in die Zeit nach dem Inkrafttreten des Ges. fällt. Es würde sich dann das widersinnige Ergebnis zeigen, daß zwar die völlige Neuerrichtung einer Gesellschaft, die vor jenem Zeitpunkt beschlossen und angemeldet ist, zur Eintragung auch nach ihm führen könnte, nicht aber eine Änderung der Gesellschaftsverhältnisse, die einer solchen Neuerrichtung nur „nahekommt", also ihr nicht völlig gleichsteht und nicht gut zu ihrer Wirksamkeit der Erfüllung schwererer Voraussetzungen bedürfen kann als jene völlige Neugründung. Dem Sinne der Gesetzesvorschrift kann daher nur entnommen werden, daß eine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft auch nach dem 30. Juni 1926 einge-

---

Zu 2. Man wird die Entsch. begrüßen und ihr in vollem Umfange beitreten können. Erfreulich ist vor allem die Feststellung der Tatsache, daß das KG. nicht am Wortlaut des Art. II des Ges. v. 28. Juni 1926 geklebt, sondern in freier Auslegung den Sinn und den wirtschaftlichen Zweck dieser Vorschrift erforscht hat. Wollte man allein nach dem Wortlaut gehen, so könnte man leicht zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangen: Der Abs. 2 Satz 1 des Art. II ordnet die Anwendbarkeit der alten Bestimmungen an auf eintragungsfähige Anmeldungen, die bereits vor dem 1. Juli 1926 erfolgt sind. Der Satz 2 aber bestimmt, daß bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse nicht die Bestimmungen des Satzes 1 Anwendung finden, sondern die Voraussetzungen des Art. I vorhanden sein müssen. Man könnte also, wenn man am Wortlaute haftet, leicht zu dem Ergebnisse kommen, zu sagen, daß der Satz 2 die Ausnahme des Satzes 1 darstelle und daß bei Anmeldungen von wesentlichen Veränderungen der Verhältnisse der Gesellschaft auf alle Eintragungen, die erst nach dem 1. Juli 1926 erfolgen, gemäß Satz 2 die neuen Bestimmungen anwendbar seien. In der Tat aber würde dieses dem Wortlaute entnommene Ergebnis ein völlig unbefriedigendes und abwegiges sein, weil, wie das KG. ganz richtig hervorhebt, dann die völlige Neuerrichtung einer Gesellschaft, wenn sie vor dem 1. Juli angemeldet worden ist, nach ihm noch auf Grund der alten Vorschriften eingetragen werden könnte, eine der Neuerrichtung nur nahekommende wesentliche Veränderung aber nicht. Dieses widersinnige Ergebnis muß zu dem vom KG. vertretenen Standpunkte führen.

Man muß sich aber darüber klar sein, daß die Voraussetzungen des Art. II Abs. 2 Satz 1 am 1. Juli vorgelegen haben müssen, damit für die Eintragung einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse die alten Vorschriften noch maßgebend sein können. Diese Frage hat vor allem praktische Bedeutung im Falle von Beanstandungen durch den Registerrichter. Hier wird zu prüfen sein, ob diese Beanstandungen sich auf Punkte beziehen, „an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragung knüpfen". Wenn deshalb zwingende Gesetzesvorschriften nicht beachtet sind, so können sie nach dem 1. Juli 1926 nicht mehr mit der Folge nachgeholt werden, daß es bei den bisherigen Vorschriften sein Bewenden hat. Denn wenn zwingende Vorschriften verletzt waren, lagen nicht die Voraussetzungen vor, an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragungen knüpfen. Waren dagegen nur instruktionelle Vorschriften verletzt, so wird man annehmen müssen, daß sie auch nach dem 1. Juli noch nachgeholt werden können, ohne daß die Gesellschaft sich den neuen Vorschriften des Art. I zu unterwerfen braucht.

RA. Dr. **Rudolf Byk**, Berlin.

tragen werden kann, wenn sie vor dem 1. Juli beschlossen und angemeldet worden ist, und daß ihre Zulässigkeit nur nach den früheren gesetzlichen Bestimmungen, und demgemäß auch nach § 42 2. DurchfVO. z. GoldBilVO., zu beurteilen ist.

(KG., ZS. 1b, Beschl. v. 28. April 1927, 1b X 252/27.)

2. Bayern.

3. § 259 HGB. **Ist der Beschluß der Generalversammlung einer AktG. tatsächlich unrichtig beurkundet, so kann eine solche Beurkundung durch den Notar nachträglich richtiggestellt werden. †)**

(BayObLG., Beschl. v. 2. April 1927, Reg. III Nr. 40/27.)

Abgedr. JW. 1927, 1704.

*

4. §§ 37, 30 HGB.; §§ 20, 27 Satz 2 FGG. **„Nitrola, Bayerische Nitro-Lack und Farben, GmbH." und „Nitrolack GmbH." sind verwechslungsfähige Firmen.**

Die beiden in Frage kommenden Gesellschaften führen Sachfirmen. Sie haben beide den gleichen Geschäftsbetrieb. Sie sind schon wegen dieser Eigenschaft des Gegenstandes des Unternehmens leichter der Verwechselungsgefahr ausgesetzt. In einem solchen Falle sind ganz besondere Anforderungen an die durch § 30 HGB. geforderte, deutliche Unterscheidbarkeit der Firmen zu stellen. Ob hinreichende Unterscheidbarkeit vorliegt, ist nach dem Gesamteindruck der Firmen unter Berücksichtigung des Wortbildes, Wortklanges und Wortsinnes zu beurteilen. Besondere Bedeutung ist der Verwechselungsfähigkeit des Wortkernes, des Hauptbestandteiles der Firmen zuzusprechen. Die Wahrscheinlichkeit der Verwechselung der Firmen durch die Post usw. ist regelmäßig hinreichend, eine deutliche Unterscheidbarkeit zu verneinen. Bei Sachfirmen werden auch die Gesichtspunkte, die in § 16 UnlWG. betont sind, Beachtung finden müssen (vgl. u. a. Staub, HGB. 12./13. Aufl. Anm. 4 und 6 zu § 30 S. 223; RG.: JW. 1920, 968; RG. 108, 272[1])). Den Kern der zuerst eingetragenen Firmen bilden hier die Worte „Nitro-Lack". Die nämlichen Worte bilden auch den Kern der beanstandeten Firma. Sie werden bei ihr durch Voransetzung der nahezu gleichlautenden Bezeichnung „Nitrola" ganz besonders hervorgehoben und erheblich verstärkt. Es wird namentlich für das Gehör durch die Wiederholung der gleichen Laute der Eindruck der Identität der Firmen gesteigert; es muß angenommen werden, daß die Wahl der gleichen bzw. nahezu gleichlautenden Worte in bestimmter Absicht erfolgt ist, jedenfalls nicht, um die Unterscheidung der Firmen zu erleichtern. „Die beanstandete Firma hat von der ihr zustehenden freien Namenswahl keinen einwandfreien Gebrauch gemacht." Als zur Unterscheidung der beiden Firmen dienlich können daher nur die Worte „Bayerische" und „Farben" in Betracht kommen. Die Bezeichnung, wie „Bayerisch, Deutsch" usw. sind aber im heutigen Geschäftsleben bei Firmen und oft gerade bei solchen mit mehr oder weniger lokalem, eng beschränkten Wirkungskreise derart üblich geworden, daß regelmäßig auf sie wenig geachtet und sie infolgedessen sich dem Gedächtnisse nicht einzuprägen pflegen. Der Zusatz „Bayerische" dient daher tatsächlich so wenig zu einer hinreichenden Unterscheidung von der Firma der Beschwerdeführerin, wie der Zusatz „Berliner Bibliographisches Institut" einer Unterscheidung von der Firma „Bibliographisches Institut" (KG. v. 25. Mai 1898: BayRpflZ. 1899, 70). — Der Beisatz „und Farben" endlich erscheint gegenüber den für die Sinne wesentlichen Worten „Nitrola, Nitrola-Lack" als eine farblose, in keiner Weise hervortretende Ergänzung. Einen sicheren Beweis dafür, daß die beiden Firmen durch diese Zusätze nicht vor Verwechslung geschützt sind, hat die Beschwerdeführerin durch Vorlage einer deutlich an die „Nitrola Bayerische Nitro-Lack und Farben GmbH." adressierten, aber der „Nitro-Lack GmbH." durch die Post zugestellten Postkarte und durch den Nachweis geführt, daß umgekehrt die für Nitro-Lack GmbH. bestimmte Kostennote des LG. nicht an die Schuldnerin, sondern an die „Nitrola-Lack und Farben GmbH." adressiert wurde, die im Beschwerdeverfahren vor dem LG. obgesiegt hatte.

(BayObLG., Beschl. v. 27. Mai 1927, Reg. III Nr. 49/27.)

Mitgeteilt von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

Zu 3. A. Anm. von Goldschmit II ebd.

B. Anm. von Josef: JW. 1927, 2148.

C. Das Resultat, zu welchem Josef gelangt, scheint mir, von seinem eigenen Standpunkt aus betrachtet, unhaltbar. Hatte nämlich, wie er selbst ausführt, der Notar nach dem Gesetze „den Hergang in der GenVers. so zu beurkunden, wie er sich abspielte, also so, daß die Auflösung nur unter einer Bedingung erfolge", hatte er jedoch, „statt dessen, die Auflösung als bedingungslos beschlossen" beurkundet, hatte er damit das Gesetz verletzt, und „beruhte auf dieser Verletzung" der so beurkundete Beschluß, dann war dieser letztere keineswegs bloß anfechtbar, sondern „wegen Nichtbeobachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften" **nichtig** (Staub, 12. u. 13. Aufl., Anm. 11 zu § 259 HGB.). Solchenfalls konnte aber die ursprüngliche, tatsächlich falsche, Beurkundung durch Unterlassung der Anfechtung gem. § 271 HGB. nicht nachträglich rechtswirksam, somit auch der falsch beurkundete Beschluß nicht eintragsfähig werden.

Wie sollte übrigens, worauf beiläufig hingewiesen sein möge, eine Anfechtung überhaupt möglich sein, wenn (wie Josef ganz richtig hervorhebt) das GenVersProtokoll „ohne jede Anteilnahme und Mitwirkung der Beteiligten", nicht einmal „gerade während der Versammlung" (vielleicht gar, zwar ordnungswidrig, aber doch noch rechtsförmlich), erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 271 Abs. 2 HGB. aufgenommen, auch nicht vorgelesen wird (Vorlesung ist bekanntlich im HGB. nicht vorgeschrieben)?

Läßt man einmal mit dem BayObLG. und mit Josef zu, daß der Notar sein GenVersProtokoll durch ein Nachtragsprotokoll ergänzt und sonstige Protokollmängel nachträglich beseitigt, so muß man, so scheint **mir** wenigstens, in dem hier in Rede stehenden Fall das Vorgehen des RegG., „das die ursprüngliche Beurkundung als Grundlage nahm", in der Tat für **unbegründet** erachten.

JR. Dr. William Altschul, Dresden.

[1]) JW. 1924, 1369.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

1. §§ 211, 218—220 HGB. **Haftung des jeweiligen Aktionärs für rückständige Einlagen. †)**

Im Gründungsprotokoll der Kl. sind als Gründer fünf Personen aufgeführt. Die Gründer haben sämtliche Aktien übernommen. Die Aktienrechte sollten durch Inhaberurkunden verbrieft werden. Ein Aktienbuch ist daher nicht angelegt worden. Die Einlagen sind noch nicht voll geleistet.

Inzwischen ist die Gesellschaft in Liquidation getreten. Um ihre Gläubiger befriedigen zu können, hat sie die Erhöhung der Einlagen auf $^2/_3$ der übernommenen Beträge beschlossen. Den Bekl. hat sie für eine Nachzahlung auf neun Aktien in Anspruch genommen. Sie behauptet, der Bekl. habe die Aktien vor Ausgabe von Aktienurkunden durch einfache Zession von dem Gründer Sch. erworben. Dieser sei, wie die übrigen im Gründungsprotokoll aufgeführten Personen, nur formell Gründer gewesen. In Wahrheit sei die Kl. von anderen Personen, zu denen auch der Bekl. gehöre, gegründet worden. Diese wahren Beteiligten hätten die im Gründungsprotokoll aufgeführten Gründer nur als Strohmänner vorgeschoben, weil sie z. T. in den Aufsichtsrat und Vorstand hätten entsandt werden sollen und sie den in diesem Falle nach § 192 Abs. 2 HGB. erforderlichen Revisorenbericht hätten ersparen wollen. Eine Entlastung von den Gründerpflichten sei dabei nicht beabsichtigt gewesen. Die Abtretung der Aktien von den Gründern an die wahren Beteiligten sei alsdann in Höhe derjenigen Beträge erfolgt, zu deren Übernahme sich die wahren Beteiligten untereinander verpflichtet hätten. — Es muß als erwiesen angesehen werden,

Zu 1. 1. Das Urt. behandelt die Frage:

Finden die Vorschriften der §§ 211, 218—220 HGB. über die Haftung des Erwerbers von noch nicht voll bezahlten Aktienrechten auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung der Aktienrechte erfolgt ist, ohne daß die AktG. Urkunden — Namensaktien oder Interimsscheine — ausgestellt hat, und ohne daß bei der AktG. ein Aktienbuch geführt wird?

Das Urt. bejaht diese Frage. Es geht von der Erwägung aus, daß im wohlverstandenen Interesse der AktG. diese Haftung bestehen müsse; daß ferner der Erwerber solcher noch nicht beurkundeter Aktienrechte in besonderem Maß damit zu rechnen habe, daß es sich um eine neue AktG. handle, bei der noch nicht alle Einzahlungen auf die Aktien geleistet seien.

Es ist sowohl dem Ergebnis des Urt. wie insbes. der ungekünstelten klaren Begründung zuzustimmen. Die Begründung stellt einfach diese wirtschaftlichen Erwägungen an und leitet daraus die Notwendigkeit ab, das Gesetz entsprechend zu interpretieren, das über diese Frage eine unmittelbare Antwort nicht gibt. Das schließt natürlich nicht aus, daß gegen einzelne Prämissen des Urt. Bedenken bestehen.

Das Urt. ist von weittragender Bedeutung deshalb, weil bei vielen neugegründeten Aktiengesellschaften keine Urkunden ausgegeben werden, sei es, weil es sich nur um eine kleine AktG. handelt, sei es, weil nach dem Willen der Beteiligten deren Kreis von Anfang an klein ist, und weil niemand den Anspruch auf Ausstellung solcher Urkunden geltend macht. Daß die Ausgabe dieser Urkunden über noch nicht voll einbezahlte Aktienrechte **regelmäßig** erfolgt, wie das Urt. im wesentlichsten Satz der Begründung annimmt, wird deshalb nicht unbedingt zutreffen.

2. Der Tatbestand gibt einen der typischen Fälle wieder, in denen vom Strohmann bei der Gründung Gebrauch gemacht wird: Die **eigentlichen**, d. h. wirtschaftlichen Gründer wollen in Vorstand und Aufsichtsrat der AktG.; das hat nach § 192 HGB.

daß der Bekl. z. Z. mit neun Aktien an der AktG. beteiligt ist. Unzweifelhaft sind ursprüngliche Aktionäre der Kl. die im Gründungsprotokoll aufgeführten Gründer geworden, auch wenn sie nur als Strohmänner für andere Personen aufgetreten sind. Die Gründung durch Strohmänner hat weder die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages als Scheingeschäft (vgl. Staub-Pinner, Anm. 12 zu § 182 und die dort angeführte Rspr.) noch den unmittelbaren Erwerb des Aktienrechts in der Person der wahren Beteiligten zur Folge. Die Aktien werden vielmehr durch die vorgeschobenen Personen rechtswirksam erworben, können daher von diesen in den gesetzlich zulässigen Formen auch rechtswirksam übertragen werden und müssen von ihnen in diesen Formen abgetreten werden, damit die wahren Beteiligten die Stellung als Aktionäre erwerben. Unstreitig sind im vorl. Fall weder die im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Inhaberaktien, noch die später vorgesehenen Interimsscheine ausgegeben worden. In keiner Weise aber stehen diese Umstände dem rechtswirksamen Erwerb der Aktien durch den Bekl. entgegen. Es ist in der Rspr. anerkannt, daß die Aktienrechte auch vor der Ausgabe von Aktienurkunden oder Interimsscheinen übertragen werden können, und zwar durch einfache Zession gemäß §§ 413, 398 BGB. (vgl. RG. 34, 115; 52, 423; 86, 155[1]); Staub-Pinner, Anm. 11 zu § 179; Goldmann, Anm. 13 zu § 179; a. A. nur Lehmann-Ring, Anm. 3 zu § 179). Allerdings kann die Übertragung der Aktienrechte durch die Ausgabe von Aktienurkunden bedingt werden (Staub, Anm. 11 zu § 179; RG. 52, 423; LZ. 1917, 1262). Indessen ist eine solche Bedingtheit der Übertragung im vorl. Fall nicht anzunehmen.

Auch der Erwerb noch nicht beurkundeter Aktienrechte begründet aber unmittelbar kraft Gesetzes die Haftung des Erwerbers für die noch vorhandenen Einlagerückstände. In den §§ 211, 218 bis 220 HGB. ist die Haftung für die Einlage bei der Übertragung der Aktie in der Weise geregelt, daß primär der Erwerber — der jeweilige Aktionär — haftet (vgl. Staub, Anm. 2 u. 4 zu § 218, Anm. 1 zu § 221) und daneben subsidiär der Veräußerer, soweit die Beträge innerhalb von zwei Jahren seit dem Tage angefordert werden, „an dem die Übertragung des Anteilrechtes zum Aktienbuch angemeldet worden ist". Nach §§ 222—224 HGB. ist die Anlegung eines Aktienbuches nur bei der Ausgabe von Namensaktien oder Interimsscheinen vorgeschrieben. Wie die Einschränkung der Haftung des Rechtsvorgängers in § 220 Abs. 2 zeigt, paßt daher die gesetzliche Regelung der §§ 218—220 auf den vorliegenden Fall, in dem ein Aktienbuch weder angelegt ist noch angelegt zu werden brauchte, unmittelbar nicht. Vergleicht man die §§ 220 Abs. 2, 222—224 mit § 179 HGB., so zeigt sich vielmehr, daß die Regelung der Haftung in den §§ 211, 218—220 unter der mehrfachen Voraussetzung getroffen ist, daß einmal die Aktienrechte überhaupt beurkundet sind, daß ferner diese Beurkundung gemäß § 179 in Interimsscheinen oder solchen Namensaktien erfolgt ist, die den Betrag der Rückstände erkennen lassen, und daß endlich ein Aktienbuch geführt wird und der Vorschrift des § 223 Genüge geschehen ist. Nicht ausdrücklich geregelt sind alle die Fälle, in denen eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist, insbes. z. B. unzulässigerweise Inhaberaktien vor Volleinzahlung ausgegeben worden sind oder ein Aktienbuch nicht geführt wird oder — wie hier — die Aktien überhaupt nicht verbrieft worden sind. In den Kommentaren werden alle diese Abweichungen von der normalen Übertragung noch nicht liberierter Aktien, wie sie das Gesetz in den §§ 179, 222—224 vorsieht, zu § 218 HGB. besprochen. Makower (Anm. Ia), Lehmann-Ring (Anm. 1), Brand (Anm. 1b), Goldschmidt (Anm. 2) halten die §§ 218—220 für entsprechend anwendbar, der letztere anscheinend nur dann, wenn auch in diesen Fällen wenigstens ein Aktienbuch angelegt worden ist. Goldmann (Anm. 1) und Pinner (Anm. 2a) lehnen die analoge Anwendung der §§ 218—220 ab. Staub (Anm. 1) meint, die §§ 218—220 bezögen sich „nur auf den gesetzlichen Fall, daß vor der Volleinzahlung Urkunden ausgegeben worden sind, denen man es ansieht, daß es sich um noch nicht vollbezahlte Aktienrechte handelt". Eine Unterscheidung der verschiedenen Möglichkeiten, in denen die Abweichung von der vom Gesetz unterstellten normalen Übertragung bestehen kann, wird dabei durchgängig nicht gemacht. Eine solche Unterscheidung scheint aber geboten, insbes., was einerseits den Fall betrifft, daß entgegen der Vorschrift des § 179 HGB. Inhaberaktien vor Volleinzahlung ausgegeben sind, andererseits den vorliegenden, daß eine Beurkundung der Aktienrechte überhaupt nicht erfolgt ist.

Wenn bei der Übertragung der noch nicht voll bezahlten Aktien entsprechend der Vorschrift des § 179 HGB. Interimsscheine oder solche Namensaktien ausgegeben sind, auf denen der Betrag der geleisteten Einzahlung vermerkt ist, so wird die vom Gesetz getroffene Regelung den Interessen aller Beteiligten durchaus gerecht: das Interesse der Gesellschaft wird dadurch gesichert, daß die Haftung des Rechtsvorgängers noch eine bestimmte Zeit seit Kenntnis der Gesellschaft von der Übertragung der Aktie fortdauert, dem Veräußerer wird die Übertragung der Aktie insofern erleichtert, als die Fortdauer seiner Haftung auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, und dem Erwerber kann der Eintritt in die Haftung unbedenklich zugemutet werden, weil er, da die erwähnten Urkunden in § 179 HGB. vor Volleinzahlung zugelassen sind, schon deshalb mit der Möglichkeit von Rückständen rechnen muß, überdies aber aus den dem § 179 entsprechenden Namensaktien das Vorhandensein von Rückständen unmittelbar ersichtlich ist und bei Interimsscheinen allein die Tatsache, daß es sich um erst vorläufige Urkunden handelt, für den Erwerber Warnung genug bedeutet. Diesen Erwägungen entspricht die oben angeführte Bemerkung Staubs. Von diesem Gesichtspunkt aus muß eine analoge Anwendung der §§ 218—220 HGB. auf den Fall der ungesetzlichen Ausgabe von Inhaberaktien allerdings erheblichen Bedenken begegnen. Der Erwerber von Inhaberaktien muß sich, da deren Ausgabe vor Volleinzahlung im § 179 ausdrücklich verboten ist, darauf verlassen können, daß die Aktien voll bezahlt sind, und es würde eine dem Willen des Gesetzgebers kaum entsprechende Behinderung des Aktienverkehrs bedeuten, wenn auch in diesem Falle der Erwerber für die Rückstände haften sollte. Für den vorliegenden Fall aber erscheint eine analoge Anwendung der

[1]) JW. 1915, 332.

---

die Revisorenprüfung des Gründungshergangs zur Folge. Um diese zu vermeiden, treten als Gründer nicht diejenigen Beteiligten auf, welche gleichzeitig Organe der AktG. werden wollen, sondern von ihnen vorgeschobene Strohmänner. Auf diese Weise wird die Revisorenprüfung vermieden. Die wäre nicht schlimm, wenn der Gründungsvorgang in Ordnung ist; sie wäre auch nicht zu kostspielig. Aber sie erscheint unbequem; deshalb sind die Beteiligten oft stolz darauf, dem Gesetz ein Schnippchen zu schlagen. Auf die Gefahren, welche dieses Strohmännerwesen für die Beteiligten immer birgt, wird nicht geachtet. Oft würde davon abgesehen, wenn den Beteiligten das zur Kenntnis gebracht würde, was Staub-Pinner in Anm. 12 zu § 182 knapp dazu bemerkt.

Will man die Prüfung des Gründungsvorgangs durch besondere Revisoren als wünschenswerte und notwendige Kontrolle wirklich erreichen, dann wird man sie de lege ferenda als obligatorisch für alle Gründungen einführen müssen; nur dann besteht Gewähr, daß sie auch in den Fällen erfolgt, die heute im HGB. vorgesehen sind. Denn in der Praxis wird jetzt durch Verwendung von Strohmännern oder durch verschleierte Sachgründungen oft alles getan, um diese bestehenden Vorschriften zu umgehen (s. dazu auch Voß, Oblig. Revision, Berlin 1927, S. 16 ff.). Ob allerdings de lege ferenda die Beibehaltung oder Erweiterung des Instituts der Gründungsrevision wünschenswert erscheint, ist eine andere Frage.

Trotz der Mitwirkung von Strohmännern wird die AktG. rechtswirksam errichtet. Mit der Eintragung entstehen in der Person des Strohmanns alle Aktienrechte. Der Strohmann kann die bei der Gründung von ihm übernommenen Aktien rechtswirksam auf andere übertragen; er ist zu dieser Übertragung auf diejenigen Personen verpflichtet, für die er bei der Gründung aufgetreten ist. Haben diese den Strohmann Vorschiebenden ihm nicht gleich die Mittel zur Verfügung gestellt, um die übernommenen Aktien voll zu bezahlen, so treten Strohmann und eigentlicher Beteiligter in den Kreis der Personen, die der AktG. für die Vollzahlung der übernommenen und weiter übertragenen Aktien haften.

3. Die hier in Frage stehende AktG. hatte im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß ihre Aktien auf den Inhaber lauten sollten. Außerdem war (wie, ist nicht ersichtlich) vorgesehen worden, Interimsscheine auszugeben.

Solange die Aktien nicht voll bezahlt waren, hätten die zur Ausgabe gelangenden Aktien oder Interimsscheine auf den Namen lauten müssen (§ 179 Abs. 3 HGB.). Hätte die AktG. Namensaktien oder auf den Namen lautende Interimsscheine ausgegeben, so hätte sie nach §§ 222, 223 HGB. ein Aktienbuch führen müssen. Wäre dieses Aktienbuch vorhanden gewesen, so hätte sich die Haftung des Rechtsvorgängers für den nicht bezahlten Einlagebetrag nach § 220 Abs. 2 HGB. geregelt. Damit wären auch ohne weiteres für die Haftung des Rechtsnachfolgers, des Erwerbers der Aktie, die Bestimmungen der §§ 218 bis 220 HGB. in vollem Umfang anwendbar.

Diese AktG. aber hat — und das ist keine seltene Ausnahme — keinerlei Urkunden über die Aktienrechte ausgegeben, sie hat auch kein Aktienbuch geführt.

Jeder Aktionär hat das unentziehbare Recht, zu verlangen, daß ihm eine Aktienurkunde ausgefolgt werde, weil das eine zwingende gesetzliche Pflicht der AktG. ist (RG.: LZ. 1917, 1262). Er kann allerdings nach RG.: LZ. 1912, 453 den ihm danach zustehenden Anspruch erst geltend machen, wenn er die Aktien voll bezahlt hat. Es bleibe dahingestellt, ob er den Anspruch auf Erhalt der Namensaktie oder des auf Namen lautenden Interimsscheins nicht schon mit der Eintragung der AktG. erwirbt, weil er in diesem Zeitpunkt mindestens 25% des Aktienbetrags bezahlt hat (§ 195 Abs. 3 HGB.) und verlangen kann, eine Verbriefung

Vorschriften der §§ 218—220 unbedenklich. Das Gesetz geht zwar davon aus, daß Urkunden über das Aktienrecht ausgegeben werden; die Aktionäre mögen auch nach Volleinzahlung einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Ausgabe solcher Urkunden haben, die wirksame Entstehung des Aktienrechtes ist aber von seiner Verbriefung völlig unabhängig, und die Übertragung noch nicht liberierter unverbriefter Aktienrechte ist nicht — wie die Ausgabe von Inhaberaktien vor Volleinzahlung — verboten. Da die Ausgabe von Aktienurkunden im Verkehr regelmäßig zu geschehen pflegt und die Tatsache, daß die Aktienrechte nicht verbrieft sind, daher vermuten läßt, daß es sich um erst neu entstandene Aktien handelt, so muß der Erwerber noch nicht beurkundeter Anteilsrechte in noch stärkerem Maße als etwa der Erwerber von Interimsscheinen damit rechnen, daß die Einlage noch nicht voll geleistet ist. Damit entfällt das Bedenken, das einer analogen Anwendung der gesetzlichen Regelung im Falle der Übertragung durch unzulässigerweise ausgegebene Inhaberaktien entgegensteht. Auch für die Gesellschaft selbst und für den Veräußerer bietet die entsprechende Anwendung keine Schwierigkeiten. Die im § 220 Abs. 2 vorgesehene zweijährige Frist für die Fortdauer der Haftung des Rechtsvorgängers kann bei entsprechender Anwendung unbedenklich von der Mitteilung der Abtretung an die Gesellschaft ab gerechnet werden.

Die unmittelbare Haftung des Bekl. gegenüber der Kl. wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß im vorl. Fall ein Aktienbuch nicht geführt worden ist. Die Vorschrift des § 223 Abs. 3 HGB. und die Bemerkung in RG. 86, 155[2]), daß der Gesellschaft gegenüber stets nur der im Aktienbuche Eingetragene als Aktionär gilt, beziehen sich nur auf den Fall, daß wirklich ein Aktienbuch angelegt worden ist. Dann mag es richtig sein, daß die Vorschrift des § 223 Abs. 3 auch dann gilt, wenn Aktienurkunden überhaupt nicht ausgegeben sind. Keineswegs besagt aber die angeführte Entsch., wie der Bekl. mit Goldschmidt (Anm. 2 zu § 218) meint, daß der Erwerber noch nicht verbriefter Aktien nur

---

über diese Leistung auf sein Aktienrecht zu erhalten. Solange kein Aktionär den Anspruch geltend macht, ist die AktG. zur Ausstellung solcher Urkunden nicht verpflichtet. Ihr rechtlicher Bestand ist von der Ausgabe solcher Urkunden unabhängig.

Solange die AktG. keine Urkunden ausgegeben hat, ist sie nicht verpflichtet, ein Aktienbuch anzulegen oder zu führen. Die §§ 222—224 HGB. setzen voraus, daß Namensaktien oder Interimsscheine von der AktG. ausgegeben worden sind.

Die AktG. hat durch die Unterlassung der Urkundenausgabe und der Aktienbuchführung nichts Ungesetzliches begangen.

Aber sie kann ihre Ansprüche gegen Gründer und spätere Aktienerwerber auf Volleinzahlung der Aktien nicht unmittelbar auf die §§ 218 ff. HGB. stützen, weil eben dort das Vorhandensein eines Aktienbuchs vorausgesetzt ist.

4. Um zur Haftungsfrage Stellung nehmen zu können, ist vorab zu prüfen, ob Aktienrechte im Weg der Zession auch übertragen werden können, bevor Aktienurkunden oder Interimsscheine ausgegeben worden sind. Mit der herrschenden Meinung nimmt KG. an, daß das möglich und zulässig ist. Der entgegengesetzten Ansicht von Lehmann-Ring (Anm. 3 zu § 179), daß die Mitgliedschaft mit Wirkung für die AktG. ohne Urkunde nicht übertragen werden könne, folgt KG. nicht. Auch Fischer (Aktienrecht S. 144), der die Übertragung auf Grund besonderer Urkunden als charakteristisch für die aktienrechtliche Mitgliedschaft bezeichnet, hält die Übertragung der Mitgliedschaft mit Wirkung gegenüber der AktG. für zulässig, wenn sie auch noch keine Urkunden ausgegeben hat.

Der Strohmann hatte als Gründer mit der Eintragung der AktG. volle Aktienrechte erworben; er konnte sie auf seinen Auftraggeber rechtswirksam durch Zession übertragen, ohne daß Urkunden über das Aktienrecht bestehen.

5. Der jetzige Aktionär, welcher vom Strohmann die Aktien erworben hat, wußte im vorliegenden Fall zweifellos, daß noch eine Einlageschuld auf die Aktie bestehe. Denn in seinem Auftrag hatte der Strohmann bei der Gründung mitgewirkt; auf sein Verlangen hatte der Strohmann die bei der Gründung übernommenen Aktien auf ihn übertragen. Es wäre deshalb unbillig, diesen Aktienerwerber von der Haftung für die geschuldete Einlage zu befreien, weil expressis verbis das HGB. für diesen Fall die Haftung mangels der Ausgabe von Urkunden und des Bestehens eines Aktienbuchs nicht bejaht.

Das KG. geht aber in dem Urt. weiter.

a) Es spricht sich zwar mit Staub-Pinner (Anm. 1 zu § 218) dahin aus, daß der Erwerber einer Inhaberaktie der AktG. für den fehlenden Einlagebetrag nicht hafte, wenn die AktG. gegen die Bestimmung des § 179 HGB. solche ausgegeben habe, bevor sie voll bezahlt sind. Der Erwerber könne sich darauf verlassen, Inhaberaktien nur dann angeboten zu bekommen, wenn diese voll bezahlt seien; er könne deshalb nicht haften, wenn die AktG. gegen das Gesetz handelnd Inhaberaktien ausgegeben habe, ohne daß Vollzahlung erfolgt sei.

b) Staub-Pinner fährt dann aber l. c. in diesem Gedankengang fort und kommt zum Ergebnis, daß eine Haftung des Erwerbers nach §§ 218 ff. HGB. nur eintrete, wenn vor Vollzahlung von der AktG. Urkunden ausgegeben seien, denen man es ansieht, daß es sich um noch nicht vollbezahlte Aktienrechte handelt. Nach dieser Auffassung entfiele jede Haftung des Erwerbers, wenn, wie hier, keine Urkunden über das Aktienrecht ausgegeben sind. Allerdings ist zu vermuten, daß auch Staub-Pinner die Haftung des Erwerbers bejahen würde, wenn dieser einen Strohmann als Gründer vorgeschickt, von diesem die Aktien übernommen und deshalb genau gewußt hat, daß die Aktien nicht voll einbezahlt sind. Denn die sonst von Staub-Pinner für die Haftung verlangte Voraussetzung, daß für den Erwerber aus der Urkunde die Nichtvollbezahlung ersichtlich sein muß, wird hier ersetzt durch das tatsächliche Wissen des Erwerbers über die bestehende Schuld. Lehmann-Ring dagegen, der (s. o.) an sich die Veräußerung von Aktienrechten für unzulässig hält, solange keine Urkunden darüber ausgegeben sind, hält die §§ 218 ff. HGB. ohne weiteres für anwendbar, falls Aktienrechte veräußert werden, „wenn ordnungswidrig keine Aktienurkunden ausgegeben sind". Vielleicht könnte man bei strenger Konsequenz der Lehmann-Ringschen Ansicht, daß ohne Urkunden keine Veräußerung möglich ist, zu der Ansicht kommen, daß trotzdem vorgenommene Veräußerungen überhaupt der Rechtswirksamkeit entbehren.

Das KG. kommt zum Ergebnis, daß der Erwerber von Aktienrechten, für die keine Urkunden bestehen, der AktG. immer für die Einlageschuld hafte. Diese Haftung wird nicht auf Tatbestände wie den vorliegenden beschränkt, wo der Erwerber weiß, daß die erworbenen Aktien nicht voll bezahlt sind. KG. geht von der Erwägung aus, daß der Erwerber solcher noch nicht einmal verbriefter Aktienrechte vermuten müsse, es handle sich um erst neu entstandene Aktien, daß er aus dieser Vermutung heraus noch stärker als der Erwerber von Aktienrechten, die durch Interimsscheine beurkundet seien, damit rechnen müsse, es sei die Einlage noch nicht voll bezahlt. Daß der Erwerber solcher Aktienrechte, über die noch keine Urkunden bestehen, das alles vermuten und damit rechnen müsse, folgert KG. daraus, daß im Verkehr regelmäßig Aktienurkunden ausgegeben würden, und daß die Bedenken des Erwerbers, ob er voll einbezahlte Aktien erwerbe, daraus erwachsen müßten, weil er Aktienrechte übernehme, die noch nicht durch Urkunden belegt sind. Daß gegen diese Unterstellung Bedenken bestehen, wurde bereits angedeutet. Es werden nicht mit einer solchen Regelmäßigkeit bei neugegründeten AktG. Aktienurkunden ausgegeben, daß schon wegen deren Fehlen der Erwerber auf diese Vermutungen, Befürchtungen und Erwägungen kommen muß. Aber wird man eine Sorgfaltspflicht in der Richtung bejahen müssen, daß der Erwerber solcher noch nicht durch Urkunden belegter Aktienrechte sich besonders genau darüber orientieren muß, ob die Aktien voll bezahlt sind oder nicht. Die AktG. wird im Einvernehmen mit dem Aktionär dem für einen Erwerb sich Interessierenden stets Auskunft darüber geben, ob auf die Aktien noch etwas geschuldet wird und was. Unterläßt der Interessent eine solche Anfrage, die ihm authentisch Sicherheit gibt, dann muß er der AktG. gegenüber für eine etwaige Einlageschuld haften, weil er eben Mitgliedschaftsrechte erworben hat, bei deren Erwerb er mit der Möglichkeit weiterer Verpflichtungen gegenüber der AktG. rechnen muß, nachdem ihm keine Urkunden ausgefolgt werden, welche die Volleinzahlung dartun. Deshalb ist dem Urt. im Ergebnis zuzustimmen. Nimmt man mit Staub-Pinner und der herrschenden Meinung an, daß das Aktienrecht unabhängig vom Bestehen von Urkunden rechtswirksam veräußert werden können, so kann man nicht (wie Staub-Pinner) den Erwerber solcher nicht beurkundeter Aktienrechte von jeder Haftung gegenüber der AktG. für eine Einlageschuld freistellen. Das würde gegen das Interesse der Gläubiger der AktG. verstoßen, die damit rechnen dürfen und müssen, daß das Grundkapital der AktG. von irgendeiner Seite voll geleistet ist oder angefordert werden kann.

6. Wenn man soweit dem KG. folgt, daß der Erwerber der AktG. gegenüber haftet, so erscheint doch der Satz nicht frei von Bedenken, daß für die subsidäre Haftung des Rechtsvorgängers die Bestimmung des § 220 Abs. 2 HGB. entsprechend anzuwenden sei. Dort ist bestimmt, daß der Veräußerer hilfsweise der AktG. haftet, soweit der geschuldete Betrag innerhalb einer Frist von zwei Jahren eingefordert wird, die mit dem Tag beginnt, an dem die Übertragung des Aktienrechts zum Aktienbuch angemeldet worden ist. Die §§ 222 ff. HGB. bieten für den Erwerber einer Namensaktie oder eines Interimsscheins einen starken Anreiz, für seinen Eintrag im Aktienbuch zu sorgen; ist doch nur der im Aktienbuch Eingetragene der AktG. gegenüber berechtigt (§ 223 Abs. 3 HGB.). Es wird deshalb der Zeitpunkt der Übertragung des Aktienrechts

---

[2]) JW. 1915, 332.

dann haftе, wenn ein Aktienbuch geführt wird und er darin eingetragen ist.

(KG., 7. ZS., Urt. v. 12. Mai 1927, 7 U 138/27.)

Mitgeteilt von LGR. F. Tuch, Berlin.

*

2. § 11 GmbHG. ist nicht ausdehnend auszulegen. †)

Die Kl. hatte den Geschäftsführer einer GmbH. für ihre Ansprüche aus Lieferungen an diese haftbar gemacht. Die Kl. hatte unter einer Firma bestellt, die zwar durch Beschluß der Gesellschafterversammlung festgesetzt, aber im Handelsregister noch nicht eingetragen war. Die Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen.

Die Kl. will hier § 11 GmbHG. entsprechend anwenden. Nach § 11 haften aus vor der Eintragung einer gegründeten GmbH. im Namen der Gesellschaft erfolgten Handlungen die Handelnden persönlich und solidarisch. Das hat seinen Grund darin, daß ein Rechtssubjekt, welches von den Handelnden vertreten wird, zu jener Zeit noch nicht besteht; in rechtspolizeilichem Interesse soll, analog § 200 HGB. bei der AktG., auch bei der GmbH. dann der für sie Handelnde die persönliche Verantwortung voll tragen. Hier aber war die GmbH. schon vorhanden, sie wurde nur falsch bezeichnet.

Die falsche Bezeichnung einer GmbH. kann dem Fall, daß das zu verpflichtende Rechtssubjekt überhaupt noch nicht vorhanden ist, nicht gleichgestellt werden. Es liegt vielmehr geradeso, als wenn keine GmbH., sondern eine andere Firma oder natürliche Person von dem Vertreter falsch bezeichnet wird. Sind sich in einem solchen Falle die Handelnden darüber einig, daß die vertretene Rechtspersönlichkeit verpflichtet werden soll, so wirken die Erklärungen des Vertreters für sie auch trotz der falschen Bezeichnung.

Die Kl. will ferner aus der Tatsache, daß die vom Bekl. vertretene GmbH. schon bei Umwandlung und der Firmenänderung gänzlich mittellos gewesen sei, eine Haftung des Bekl. zu 3) herleiten. In dieser Beziehung könnte die Haftung nur auf unerlaubte Handlung gegründet werden, insofern der Bekl. die Kl. über die Zahlungsfähigkeit der GmbH. getäuscht oder einen erkannten Irrtum darüber ausgenutzt hätte. Nach dieser Richtung reichen die Behauptungen der Kl. aber nicht aus. Auch gegen die guten Sitten verstößt das Vorgehen des Bekl. nicht. Er konnte Vertrauen haben, daß die GmbH., für die er handelte, imstande sein würde, die Bestellungen und Lieferungen auch zu bezahlen. Er hatte auch nicht nach der Verkehrssitte die Pflicht, vor vornherein zu sagen, daß die Firmenänderung noch nicht ganz durchgeführt, die Eintragung im Register noch nicht erfolgt sei. Denn er konnte damit rechnen, daß sie erfolgen würde, sie ist ja auch, nur mit einer geringen Abweichung, später erfolgt. Er konnte davon ausgehen, daß die Kl., wenn sie die Notwendigkeit einer solchen, von der Registerbehörde verlangten Änderung vorausgesehen hätte, sich ganz ebenso auf den Vertrag eingelassen hätte.

Die Kl. meint, ihr hätte eine Erkundigungspflicht über die Vermögensverhältnisse der GmbH. nicht obgelegen, es könne nicht erwartet werden, daß ein nicht sehr umfangreiches Geschäft, wie sie es sei, sich bei Erteilung von Aufträgen der hier fraglichen Art vor deren Ausführung genau über die näheren Verhältnisse und die Zahlungsfähigkeit der bestellenden Firma unterrichte. In dieser Weise ist die Frage nicht richtig gestellt. Wer einen Vertrag schließt, übernimmt damit die Verpflichtung zur Leistung und muß dafür einstehen, daß er zur Leistung subjektiv imstande ist. Nimmt er das in gutem Glauben an, so ist die Gegenseite zur Aufrufung des Vertrages, etwa wegen Anfechtbarkeit, nicht berechtigt. Jeder Vertragschließende haftet auch für die Richtigkeit der gemachten tatsächlichen Erklärungen nach Maßgabe der §§ 123, 826 BGB. Ebenso haftet auch der Vertreter einer GmbH., der für diese einen Vertrag schließt. Die Gegenseite muß aber diejenigen Aufklärungen, die sie für nötig hält, von ihm verlangen, sie kann nicht erwarten, daß er vor oder bei Vertragsschluß von sich aus die Vermögensverhältnisse seiner Gesellschaft im einzelnen darstellt. Das ist bei solchen Geschäften nicht Sitte. Im allgemeinen vielmehr ist es üblich, daß derjenige, welcher sich mit einem Gegenkontrahenten einläßt, über ihn die ihm erforderlich erscheinenden Erkundigungen entweder an geeigneter dritter Stelle oder bei ihm selbst einzieht. Den Bekl. trifft daher nicht der Vorwurf, daß er in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise der Kl. durch den für sie schließlich ungünstig verlaufenen Vertragsschluß Schaden zufügt, oder daß er auch nur einer culpa in contrahendo sich schuldig gemacht hat.

(KG., 25. ZS., Urt. v. 26. April 1927, 25 U 571/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Wilhelm Wagener, Berlin.

*

3. § 536 BGB. Der Vermieter hat für Tauglichkeit der Mieträume zu dem vertragsmäßigen Verwendungszwecke einzustehen.

Im § 1 des Mietvertrages heißt es ausdrücklich: A. vermietet den im Vorderhause belegenen Geschäftskeller sowie den unter dem Hofe gelegenen Geschäftskeller zum Betriebe eines Nachtlokals (Speisewirtschaft). Damit haben die Vertragschließenden übereinstimmend ihrem Willen dahin Ausdruck gegeben, daß diese Räume gerade zum Betriebe einer Nachtwirtschaft vermietet sein sollen.

Diese Benutzungsart allein sollte demnach den eigentlichen Inhalt des Mietvertrages ausmachen. Dieser beabsichtigte Verwendungszweck der Räume hat auch bei der Bemessung der Höhe des Mietzinses eine bedeutsame Rolle gespielt; die Bekl. haben des weiteren gerade in Rücksicht auf diesen Verwendungszweck die Um- und Ausgestaltung der Kellerräume in Wohnräume auf ihre Kosten übernommen.

Sind aber sonach bei wort- und sinngemäßer Auslegung des § 1 des Mietvertrages in weiterer Berücksichtigung der bei den vorerwähnten Umständen die Kellerräume als gerade zum Betriebe einer Nachtwirtschaft vermietet anzusehen dergestalt, daß gerade diese Benutzungsart den eigentlichen Inhalt des Mietvertrages bilden sollte,

---

und damit der Fristbeginn für § 220 Abs. 2 HGB. meist aus dem Aktienbuch ersichtlich sein. Auch der Veräußerer ist am rechtzeitigen Eintrag im Hinblick auf diese Frist interessiert.

Anders liegt das aber, wenn im Weg der Zession Aktienrechte erworben werden, über die keine Urkunden existieren, und deren Eintrag in ein Aktienbuch nicht erfolgt, weil keines geführt wird. Das KG. nimmt an, daß die Haftungsfrist des Rechtsvorgängers beginnen soll mit der Mitteilung der Abtretung an die AktG. Wenn aber eine solche Mitteilung nicht erfolgt? Dann versagt diese „entsprechende" Anwendung. Es ist begreiflich, daß das KG. der AktG. den Rückgriff auf den Rechtsvorgänger auch in den Fällen erhalten will, in denen dieser Aktienrechte verkauft hat, über die noch keine Urkunden bestehen, bei denen auch noch kein Eintrag in ein Aktienbuch erfolgen kann. Wenn man den Ausführungen folgt, die Staub-Pinner in der Einleitung zu § 220 macht, daß nämlich die Zahlungsverpflichtung des Veräußerers gegenüber der AktG. sich in eine Art Bürgschaft verwandelt, so wird man ohne Schwierigkeiten auch in solchen Fällen die wünschenswerte subsidiäre Haftung des Veräußerers gegenüber der AktG. konstruieren können. Wenn aber die AktG. von der Zession der nicht beurkundeten Aktienrechte keine formelle Anzeige erhalten hat, so wird man die Haftungsfrist und ihren Beginn nach allgemeinen Grundsätzen ermitteln und fixieren müssen.

Sofern der Veräußerer nachweisen kann, daß die AktG. von der Übertragung Kenntnis hatte — gleichviel auf welche Weise —, wird er einwenden können, daß die Frist für seine Haftung mit dem Zeitpunkt der Erlangung dieser Kenntnis begonnen habe. Hatte die AktG. von der Übertragung keine Kenntnis, oder kann ihr diese nicht nachgewiesen werden, so wird man vielleicht die Frist mit dem Zeitpunkt beginnen lassen müssen, in dem der Veräußerungsakt vollzogen wurde. Das kann zu Nachteilen für die AktG. führen, die bedauerlich sind. Auf der anderen Seite aber muß der — natürlich nur redliche — Veräußerer i. S. der Tendenz des § 220 HGB. davor geschützt werden, daß er noch lange Jahre nach der Veräußerung der Aktien für eine Restschuld in Anspruch genommen wird. Eine solche Unsicherheit läge nicht im Interesse des Handels mit noch nicht beurkundeten Aktienrechten, der nun einmal als zulässig und rechtswirksam angenommen wird.

RA. Dr. Homburger, Karlsruhe.

Zu 2. Die Entsch. bedürfte einer Anmerkung kaum. Daß § 11 GmbHG. keiner Ausdehnung fähig ist, sollte man eigentlich nicht zu sagen brauchen. Man unterstelle selbst den Fall, daß die GmbH. keine Firma hätte und der Nichtigkeitsklage ausgesetzt war. Auch dann besteht sie. Ob der Name, unter dem sie handelnd auftritt, ihr zusteht oder nicht, berührt den Gegenkontrahenten nicht.

Nicht uninteressant zu sehen, daß auch hier sich der Vorwurf der Täuschung und des Verstoßes gegen die guten Sitten mischen. Im Grunde genommen sind die Ausführungen über die Erkundigungs- und Aufklärungspflicht doch nur unter dem Gesichtspunkte der wissentlichen Täuschung erheblich. Das Schweigen über die Lage der von ihm vertretenen GmbH. kann deren Geschäftsführer nicht zum Vorwurf gereichen. Die Kl. hätte ihn befragen sollen. Das ist zutreffend ausgeführt. Aber wenn das Gegenteil anzunehmen gewesen wäre, so läge zwar der Tatbestand des § 826 BGB. vor, aber auch der der Täuschung. Soweit der Anspruch aus unerlaubter Handlung in Frage steht, taucht der Betrug unter den allgemeinen zivilrechtlichen Begriff der Schädigung unter Verletzung der guten Sitten unter. Erst bei der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes scheidet er als der besonders Geregelte aus dem großen Gebiete des Verstoßes gegen die guten Sitten aus. Er gehört ihm zwar auch hier begrifflich an. Ebenso wie der Zwang. Aber kraft positiver Vorschrift kann in diesen Fällen die Nichtigkeit nur geltend gemacht werden, wenn innerhalb eines Jahres der Getäuschte oder Genötigte dies ankündigt (Anfechtung). Nach Ablauf der Frist kann auch die Ungültigkeit nicht wegen Verletzung der guten Sitten angestrebt werden, obwohl es gegen die guten Sitten ist, den andern zu betrügen. Daher hätte im vorl. Falle eine besondere Geltendmachung des Verstoßes gegen die guten Sitten neben dem Vorwurf des Betruges keinen Platz haben können. RA. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

so trifft nach anerkannter Rspr. den Kl. auch die Gewährleistung für diesen vertraglich vereinbarten Verwendungszweck (vgl. insbes. RG. 88, 96[1]); JW. 1918, 815; WarnRspr. 1919 Nr. 9 u. 32; Recht 1919, 103 Nr. 92). Der Kl. hat mithin auch für die polizeiliche Duldung des Nachtbetriebes einzustehen, da er ja die Möglichkeit und Geeignetheit zum Betriebe des Nachtlokals als zu dem vertragsmäßigen Gebrauch der Mieträume gehörig zu vertreten hat.

Der Sen. vermag der Auffassung des Vorderrichters: „eine so weitgehende Haftung des Vermieters hätte in dem Vertrage besonders zum Ausdruck gebracht werden müssen" nicht beizupflichten; diese Haftung des Vermieters ergibt sich vielmehr ohne weiteres daraus, daß die Kellerräume eben zum Betriebe eines Nachtlokals vermietet worden sind, der Betrieb einer Nachtwirtschaft zum alleinigen vertragsmäßigen Gebrauch der Mieträume erhoben worden ist.

Die Schließung der Mieträume ist feststehendermaßen wegen des Lärmes erfolgt, den die anfahrenden und auf der Straße haltenden Kraftwagen verursachten. Für ein eigenes Verschulden der Bekl. an der Schließung liegt demnach kein Anhalt vor.

Die Anordnung der Schließung des Nachtlokals durch die Polizei traf die gemieteten Räume selbst in ihrer Eigenschaft als Nachtwirtschaft (vgl. RG. 88, 96 ff.). Damit war die Tauglichkeit der Mieträume zum vertragsmäßigen Gebrauch ohne ein Verschulden der Bekl. für den hier streitigen Zeitraum aufgehoben. Die Möglichkeit einer Umstellung der Speisewirtschaft in ein Taglokal, auf die der Vorderrichter verweist, lag völlig außerhalb des Rahmens des vertraglich vereinbarten Verwendungszweckes.

(KG., 17. ZS., Urt. v. 2. Juni 1927, 17 U 2482/27.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Bernsten, Berlin.

*

Hamburg.

4. §§ 2, 43 ff. VVG. **Die Abschlußvollmacht des Versicherungsagenten berechtigt nicht zum Abschluß ungewöhnlicher, von dem normalen Versicherungsvertrag abweichender Verträge.** †)

Kl. verlangt als Versicherungsnehmer von der Bekl. Ersatz für einen durch Einbruch abhanden gekommenen Pelz in Höhe von 1200 ℳ. Die Police ist datiert v. 26. Jan. 1926, sie ist ausgestellt für die Zeit v. 12. Jan. 1926 bis 12. Jan. 1927. Der Schadensfall ist eingetreten schon am 21. Jan. 1926. Die Bekl. hat eine Subdirektion, welche der Firma G. M. & C. übertragen ist, und den Generalagenten Me., dessen Anstellungsvertrag vorliegt. Danach kann Me. nur vermitteln. Nicht ist er befugt zum selbständigen Abschluß von Versicherungsverträgen. Eine Deckungszusage seitens Me. würde danach unverbindlich sein für die Bekl. wegen fehlender Legitimation des Me.

Nun ist tatsächlich die Police zurückdatiert auf den 12. Jan. 1926 in Kenntnis der Subdirektion, daß schon ein Schadensfall eingetreten war, den Kl. angezeigt hatte. Me. hat dieses dem Mitinhaber der Subdirektion am 22. oder 23. Jan. 1926 an der Börse gemeldet. Die Hereinnahme eines dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer bekannten, bereits vor dem formellen Abschluß des Vertrages eingetretenen Schadens in die Deckung durch den Vertrag ist an sich möglich. Ein solcher Vertrag ist nicht ungültig. Der § 2 VVG. steht dem nicht entgegen. Ob man ihn noch als Versicherungsvertrag zu bezeichnen hat oder wie sonst, braucht nicht erörtert zu werden. Die Berufung hatte Erfolg. Die Police ist unterzeichnet von dem Generalagenten Me. Sie ist nach der Aussage des Me. von der Subdirektion vordatiert, ausgestellt und ihm dann zugesandt zur Unterschrift. Wenn die Subdirektion bevollmächtigt war zum Abschluß des vorl. Vertrages, so kann also aus der Unterzeichnung durch Me., obwohl er an sich nur Vermittlungsvollmacht hatte, kein Einwand entnommen werden. Aber die Subdirektion G. M. & Co. selbst hatte nach ihrer nicht bestrittenen Darstellung nur die gewöhnliche Vollmacht eines Abschlußagenten. Zu dem Kreise der regelmäßigen Geschäfte eines Abschlußagenten gehört aber nicht ein derartig ungewöhnlicher, von einem normalen Versicherungsvertrag abweichender Vertrag, durch welchen ein, wie beiden Parteien bekannt, bereits vor formellem Abschluß entstandener Schaden mit hineinbezogen werden soll. Für die Versicherungsgesellschaft können derartige Verträge ganz unabsehbare Konsequenzen haben. Die Subdirektion war nicht einmal befugt, von sich aus eingetretene Schäden, welche einen normalen Versicherungsfall darstellen, zu regulieren. Der Zeuge Me. hat bekundet: „Wir sind gar nicht berechtigt und tun das auch niemals, Schäden von uns aus zu regulieren. Das letzte Wort hat stets die Direktion."

(OLG. Hamburg, 2. ZS., Urt. v. 28. April 1927, II 89/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Erich Guckenheimer, Frankfurt a. M.

*

Hamm.

5. § 836 BGB. **Der Mast einer Fernsprechleitung ist ein Werk i. S. des § 836 BGB.; sein Umfallen, weil das Holz in der Erde gefault war, ist Einstürzen i. S. dieser Gesetzesvorschrift (vgl. OLG. Colmar v. 2. März 1911: DJZ. 1912, 760.)**

(OLG. Hamm, 5. ZS., Urt. v. 5. Jan. 1927, 5 U 266/26.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Paul Dieterle, Bielefeld.

*

Jena.

6. § 254 BGB. **Culpa in contrahendo. Der Auskunftspflicht entspricht eine Erkundigungspflicht.** †)

Der Rittergutsbesitzer v. E. versteigerte im August 1926 sein Grundstück, ein baufälliges Haus mit Hofraum, und hat es am 16. Aug. dem Verkl. R. für 2600 *RM* zugeschlagen. Der Vertrag war aber nur schriftlich, nicht gerichtlich oder notarisch gemacht, und R. trat deswegen nachher zurück. E. erzielte nun nur noch 1300 ℳ. Mit der Klage verlangte E. von R. die 1300 *RM*, die dieser vorher mehr geboten hatte, als Schaden ersetzt. Die Klage wurde ab-, die Berufung zurückgewiesen. Aus den Gründen:

Der Vertrag galt nicht, R. war nicht daran gebunden. Sich darauf zu berufen, war sein Recht. Daß er das getan hat, kann kein Verschulden sein. Auch nicht, sofern im weiteren allerdings davon auszugehen ist, daß R. durch sein Gebot immerhin mit E. Verhandlungen über den Kauf angeknüpft hatte und schon dadurch in ein vertragsähnliches Verhältnis zu ihm getreten war. Die Rücksicht auf Treu und Glauben legte ihm schon dabei gewisse Pflichten auf, durch deren Verletzung er sich nicht nur, wie das LG. meint, nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, sondern auf Grund des § 276 BGB. auch schon dann haftbar gemacht haben könnte, wenn er etwa nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat (vgl. JW. 1927, 1086 und die dort angeführten Entsch.). Nur war es keine solche Pflichtverletzung, daß er das nur mündlich vereinbarte nicht gehalten hat. Das galt eben von Rechts wegen nicht. Auch die Schuld daran, daß der Vertrag zwischen ihm und E. nicht gültig zustande gekommen ist, hat er nicht etwa dabei auf sich geladen. Hätte E. die Verkaufs-

---

[1]) JW. 1916, 581.

Zu 4. I. Der Versicherungsvertrag ist zustande gekommen frühestens durch die Unterzeichnung des Versicherungsscheins am 26. Jan. 1926. Er sollte in Kraft sein v. 12. Jan. 1926 bis 12. Jan. 1927. Es handelt sich also um einen Versicherungsvertrag, bei welchem die Versicherung zu einem Zeitpunkte anfangen sollte, der vor dem Abschluß des Versicherungsvertrages liegt. § 2 VVG. läßt eine derartige Vordatierung zu und trifft besondere Bestimmungen, wenn entweder der Versicherer vom Eintritt des Schadensfalls Kenntnis hat, oder wenn der Versicherungsnehmer hiervon unterrichtet ist. Der Fall, daß beide Teile Kenntnis vom Schadensfall haben und dennoch die Versicherung vordatieren, ist im § 2 ausdrücklich nicht geregelt. Nach dem Vorentwurf sollte eine derartige Bestimmung ungültig sein. Das Gesetz hat diese Vorschrift nicht aufgenommen mit Rücksicht darauf, daß hinter einer solchen Bestimmung ein anderes Rechtsgeschäft vereinbart sein könnte. Das Gesetz geht aber davon aus, daß der Versicherungsvertrag als solcher keine Wirksamkeit hat.

Ob im vorl. Falle der Versicherungsvertrag sich auf den entwendeten Pelz beschränkte, oder ob noch andere Sachen gegen Einbruchsdiebstahl versichert waren, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Im ersteren Fall wäre der ganze Versicherungsvertrag hinfällig, im zweiten Falle wäre er soweit als Versicherungsvertrag unwirksam, als es sich um den gestohlenen Pelz handelt.

II. Ob und welches Rechtsgeschäft bei einer derartigen Sachlage von den Parteien beabsichtigt ist und ob es gültig, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. In der vorl. Sache erübrigt sich aber eine Erörterung, weil, wie die Entsch. mit Recht annimmt, die Befugnis eines Abschlußagenten nicht dahin geht, Abmachungen zu treffen, die einen ungewöhnlichen Charakter haben. Die Übernahme einer Ersatzleistung für einen Schadensfall, der vor Abschluß des Versicherungsvertrages liegt, ist aber vom OLG. zutreffend für ungewöhnlich erachtet worden.

III. Aller Wahrscheinlichkeit nach ist der Sachverhalt aber einfacher gewesen, als es nach dem Urt. den Anschein hat. Der Vermittlungsagent hat wohl am 12. Jan. den Antrag entgegengenommen und eine Deckungszusage erteilt. Zur Erteilung einer solchen war er, wie das Urteil an einer Stelle auseinandersetzt, nicht berechtigt. Der Klageanspruch konnte also auch unter dem Gesichtspunkte der Deckungszusage nicht begründet erscheinen.

JR. Gerhard, Berlin.

Zu 6. Die Entsch. wendet mit Recht die in der neueren Rspr. entwickelten Grundsätze der culpa in contrahendo auf den vorliegenden Tatbestand an und unterscheidet treffend die beiden hier rechtlich erheblichen Fragen, ob der klägerische Anspruch auf schuldhafte Verursachung der Formungültigkeit durch den Bekl. gestützt werden kann oder ob der Bekl. durch sein schuldhaftes Verhalten während der Vertragsverhandlungen ein für den Kl. günstigeres Versteigerungsergebnis vereitelt hat. Beide Fragen werden verneint.

Die Sorgfaltspflicht, die die Parteien während der Vertrags-

bedingungen und das Gebot gleich in der gesetzlichen Form beurkunden lassen, so hätte dieser ihn an dem Gebot festhalten können. E. hat das allein von sich aus unterlassen; daran ist R. nicht schuld.

Nur insofern also könnte ihn das Verhalten des R. geschädigt haben, als er dadurch, daß er sich auf dessen Gebote einließ, die Gelegenheit verpaßt hätte, das Grundstück zu einem ähnlich günstigen Preis einem andern zu verkaufen.

Das vor allem behauptet E. auch und gibt R. daran die Schuld. R. habe durch seine Gebote die anderen Kauflustigen aus dem Felde geschlagen, obwohl er gewußt habe, daß aus dem Verkauf an ihn nichts werden könne; er habe nicht die Mittel zum Kauf gehabt. Das aber habe, als es sich herausgestellt habe, auch die anderen Kauflustigen dann ernüchtert und zurückhaltender gemacht. Daß es so kommen werde, habe sich R. von vornherein sagen müssen.

Zahlen sollte R. nach den Verkaufsbedingungen 1300 ℳ am 1. Sept. und je 750 ℳ am 15. Sept. und 15. Okt. 1926. Als er sich nach dem 1. Sept. nicht rührte, ging E. zu ihm. Da erst erklärte ihm R. dann, das Haus sei zu teuer. Der wirkliche Grund aber war, daß R. nicht das Geld bekam, um die 2600 ℳ bezahlen zu können. Hätte R. nicht immer weiter geboten, und zumal die 2550 ℳ, die O. zuletzt geboten hatte, nicht nochmals überboten, so hätte O. das Grundstück wahrscheinlich genommen und auch wirklich 2550 ℳ dafür gezahlt. Ganz sicher ist das allerdings nicht. O. wäre an sein Gebot ebensowenig gebunden gewesen wie R.; er hatte bei der Versteigerung am 11. Aug. nur bis zu 1600 ℳ mitgeboten und hat nachher am 12. Okt., wo St. mit 1300 ℳ Meistbietender blieb, nicht weiter mitgeboten. Auch am 16. Aug. hätte er nicht mehr als 2200 ℳ geboten, wenn ihn nicht R. wieder und wieder überboten hätte. Das war wohl etwas gewagt von R. Er hatte nicht vorher erst noch einmal mit seinem Vater und seinem Schwiegervater darüber gesprochen und konnte namentlich nicht ohne weiteres annehmen, diese gäben ihm das zu dem Kauf nötige Geld auch dann, wenn das Grundstück mit einmal statt 2100 ℳ gleich 2600 ℳ kosten sollte. Aber E. kann nicht, wenn er ihm das zum Vorwurf macht, gleichzeitig das von ihm ersetzt verlangen, was O. erst auf seine Übergebote hin mehr geboten hat. Das hebt sich vielmehr gegeneinander auf. E. sieht nun das Verschulden R.s daran, daß E. sich durch R.s Übergebote davon hat abhalten lassen, einem andern den Zuschlag zu geben, der mehr als 1300 ℳ geboten hatte, darin, daß R. arglistig verschwiegen habe, daß er nicht selbst die Mittel hatte, das Haus zu bezahlen. In der Tat gebietet auch die Rücksicht auf Treu und Glauben bei Vertragsverhandlungen das vor allem, daß man den anderen Teil über solche Verhältnisse möglichst aufkläre, die für dessen Entschließung mutmaßlich maßgebend sind. Der Pflicht, von selbst **Auskunft zu geben**, steht aber die Pflicht des anderen gegenüber, sich nach den für seine Entschließung maßgeblichen Verhältnissen mit Umsicht zu **erkundigen**. Das erfordert die Sorgfalt im Verkehr ebenso.

Hier konnte R. nach den Verkaufsbedingungen, die E. bekanntgegeben hatte, erwarten, daß er sich, wenn er es für wichtig halte, nach seinen Vermögensverhältnissen erkundigte. Hatte sich E. doch gerade dazu die Bedenkzeit für die Erteilung des Zuschlags vorbehalten. R. brauchte ihn nicht darauf aufmerksam zu machen, daß er den Kaufpreis nicht aus eigenen Mitteln, sondern nur mit der Unterstützung seiner Angehörigen zahlen könne. Verschwiegen aber hat R. das nicht. Er hat ja auch noch bei der Besprechung mit O. gesagt, er wolle erst einmal mit seinen Angehörigen sprechen. Das hat er zwar hinterher nicht getan, aber er gab zu erkennen, daß er eigentlich nicht in der Lage sei, allein über den Kauf zu bestimmen. Bis dahin aber hatte er nichts getan, was E. hätte schädigen können. Um die 2100 ℳ, die er vorher geboten hatte, bezahlen zu können, hätte er das Geld von seinem Vater und seinem Schwiegervater so gut wie sicher bekommen. Die Gelegenheit, das Grundstück zu diesem Preis loszuschlagen, hat E. also selbst dadurch aus der Hand gegeben, daß er überhaupt Nachgebote zugelassen hat. Dadurch hat er R., der sich darauf versessen zeigte, das Grundstück zu erwerben, dazu gereizt, weiter mitzubieten. Trotzdem hat er sich auch dann nicht danach erkundigt, ob und woher R. die Mittel habe, soviel mehr zu zahlen, und hat ihm obendrein auch gleich den Zuschlag erteilt. Wenn also R. auch etwas leichtsinnig weiter mitgeboten hat, so hat doch E. noch weit mehr gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gefehlt. Er kann nicht R. dafür haftbar machen, daß er diesem voreilig den Zuschlag erteilt hat, statt dem Gebot O. den Vorzug zu geben (§ 254 BGB.).

(OLG. Jena, 3. ZS., Urt. v. 23. Mai 1927, 3 U 381/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. **Böckel**, Jena.

*

Königsberg.

7. § 51 GenG. **Im Falle der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses ist die Klage gegen Vorstand (bezw. Liquidatoren) und Aufsichtsrat zu richten. Ist die Genossenschaft während des Rechtsstreits in Konkurs gefaten, so kann der Konkursverwalter das Verfahren fortsetzen, wenn der angefochtene Beschluß zu einer Mehrung oder Minderung der Teilungs- oder Schuldnermasse führt.** †)

Ob und inwieweit der Konkursverwalter einer handelsrechtlichen Korporation zur Vertretung bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen befugt ist, ist in Wissenschaft und Rechtsprechung streitig (vgl. **Jäger**, KO. §§ 207, 208 Anm. 11; **Wulff**: LZ. 1913, 177; **Fürst**: LZ. 1912, 513; **Parisius-Crüger-Crecelius**, GenG. § 51 Anm. 19 Abs. 2; **Hachenburg**, GmbHG. § 45 Anm. 26; RG. 76, 244[1]); OLG. 21, 389). Der Sen. nimmt insbes. in Übereinstimmung mit **Jäger u. Wulff** a. a. O. an, daß die Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters davon abhängt, welchen Inhalt der angefochtene Beschluß hat, und zu bejahen ist, wenn der Beschluß zu einer Mehrung oder Minderung der Teilungs- oder Schuldenmasse führt. RG. 76, 244 betrifft die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses und kann für den vorliegenden Fall nur in beschränktem Maße Anwendung finden. Der Ausgangspunkt der Entsch., die Aufgabe des Konkursverwalters bestehe nach dem Gesetze darin, daß Massevermögen zu verwalten und zu verwerten, führt aber auch hier dazu, die Vertretungsbefugnis anzunehmen. Von den beiden angefochtenen Beschlüssen hängt es ab, ob die in den letzten sechs Monaten vorher ausgeschiedenen Genossen noch zur Haftung für die Genossenschaftsschulden herangezogen werden. Die Durchführung des Anspruchs gegen die ausgeschiedenen Genossen gehört auch zur Verwaltung des Massevermögens und führt ferner bei Erfolg zu einer Vermehrung der Teilungsmasse. Die Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters und damit auch sein Recht, den unterbrochenen Rechtsstreit wieder aufzunehmen, ist danach für die vorliegende Sache zu bejahen; dem steht auch nicht entgegen, daß er, um die Rechte der Konkursmasse gegenüber den ausscheidenden Genossen durchzuführen, nicht auf eine Fortsetzung des Anfechtungsprozesses

---

verhandlungen zu beachten haben, erstreckt sich nicht auf die Fürsorge zur Wahrung der notwendigen Form des Rechtsgeschäftes — durch deren Vernachlässigung verletzt jede Partei lediglich ihre eigenen Interessen —, sondern besteht nur darin, beim Gegner keine irrtümliche Vorstellung über die Bedeutung der Form hervorzurufen. Es genügt nicht, daß eine Partei durch ihr Verhalten objektiv die Nichtbeachtung der Form herbeigeführt hat, sie muß beim Gegner einen Irrtum über die Notwendigkeit der Form schuldhaft, also zumindest fahrlässig hervorgerufen haben (vgl. RG.: JW. 1927, 2118[13] und meine Bemerkungen daselbst).

Schuldhaft handelt auch derjenige, der seinen Gegner durch Vertragsverhandlungen hinhält oder von anderen Abschlüssen abhält, obwohl er weiß oder wissen muß, daß er den in Aussicht genommenen Vertrag nicht erfüllen kann. Ein derartiges schuldhaftes Verhalten verpflichtet zum Schadensersatz, wenn es wirklich für einen Verlust des Gegners kausal war. Das OLG. würdigt eingehend die Frage der Kausalität; es wendet aber auch mit Recht den § 254 BGB. an. Dessen Geltung ist hier zweifellos, weil schon im Stadium der Vertragsverhandlungen ein Schuldverhältnis unter den Parteien besteht. Es zeigt sich hier wieder einmal, wie notwendig es ist, die Sorgfaltspflichten während der Vertragsverhandlungen als kontraktliche zu erkennen. Diese Auffassung gewinnt sofort praktische Bedeutung, wenn nicht — wie hier — der Kl. selbst seine Erkundigungspflicht verletzt hätte, sondern der Vorwurf des konkurrierenden Verschuldens seinen Gehilfen treffen würde. Prof. Dr. **Stoll**, Tübingen.

---

[1]) JW. 1911, 721.

Zu 7. Das vorstehende Urt. des OLG. Königsberg befaßt sich mit der Frage, gegen wen im Falle der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses gemäß § 51 GenG. die Klage zu richten ist. Das GenG. bestimmt im § 51 Abs. 3, daß die Klage gegen die Genossenschaft zu richten ist und die Genossenschaft durch den Vorstand — sofern dieser nicht selbst klagt — **und** den Aufsichtsrat vertreten wird. Mit Recht erblickt das vorstehende Urt. im § 51 Abs. 3 eine zwingende Vorschrift, bei deren Verstoß die Klage zurückzuweisen ist. In dem vorliegenden Falle war die Klage lediglich gegen die Liquidatoren der Genossenschaft gerichtet worden. Die bekl. Genossenschaft hatte allerdings in der ersten Instanz den Mangel, daß die Klage nicht auch dem Aufsichtsrat zugestellt war, nicht gerügt. Hierdurch soll nach Ansicht der Kl. der Mangel geheilt sein. Das OLG. hat demgegenüber mit Recht daran festgehalten, daß § 51 Abs. 3 eine zwingende Vorschrift ist, die erfordert, daß innerhalb der in dem Paragraph vorgesehenen Frist die Klage dem Vorstand bzw. den Liquidatoren **und** dem Aufsichtsrat zugestellt sein muß.

Das Urt. befaßt sich dann weiter mit der Frage, ob der Konkursverwalter — die liquidierende Genossenschaft war im Laufe des Prozesses in Konkurs gegangen — berechtigt war, gegen das zunächst dem Klageantrag stattgebende Urt. der 1. Instanz Berufung einzulegen und insoweit den Rechtsprozeß aufzunehmen. Das

angewiesen ist, sondern in dem durch §§ 105 ff. GenG. geregelten Verfahren gegen sie vorgehen und es ihnen überlassen könnte, die für vollstreckbar erklärte Berechnung im Klagewege anzufechten. Denn es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung, die ihn ausschließlich auf den letzten Weg verweist, und ohne eine solche kann schon mit Rücksicht auf die weitergehende Bedeutung eine Entsch. im Anfechtungsprozeß und die abweichende Regelung der Zuständigkeit (§ 51 Abs. 3 S. 3, Abs. 5 S. 1 GenG.) dem Konkursverwalter die Fortsetzung der Anfechtungsklage nicht versagt werden.

Gegen die Zulässigkeit der Berufung sind Bedenken nicht zu erheben. Die Klage war nach § 51 S. 1 und 2 GenG. allerdings gegen die Genossenschaft, vertreten durch den Vorstand, an dessen Stelle nach der Auflösung die Liquidatoren getreten sind, **und** den Aufsichtsrat zu richten. Da aber nur die Liquidatoren als Vertreter angegeben sind, ist deren Befugnis zur Einlegung der Berufung nicht zu beanstanden. Wollte man selbst mit OLG. 19, 349 das für bedenklich halten, so wäre dem durch den nachträglichen Beitritt des Aufsichtsrats abgeholfen.

In der Sache scheitert die Klage daran, daß die Förmlichkeiten des § 51 Abs. 3 S. 1 und 2 GenG. nicht beachtet sind. Sie hätte gegen die Liquidatoren **und** den Aufsichtsrat gerichtet werden müssen. Zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Klagerhebung gehörte, daß die Klage, und zwar innerhalb der Frist des § 51 Abs. 1 S. 2 GenG. sowohl den Liquidatoren als dem Aufsichtsrat zugestellt wurde. Nach § 171 Abs. 3 ZPO. genügt zwar die Zustellung an **ein** Mitglied der Liquidatoren und **ein** Mitglied des Aufsichtsrats. Es genügte aber nicht die Zustellung nur an einen Liquidator, da § 171 Abs. 3 ZPO., auch bei Berücksichtigung der Tatsache, daß Partei die Genossenschaft war, nicht soweit erstreckt werden kann. Dies entspricht der allgemein anerkannten Ansicht (vgl. bes. **Parisius-Crüger-Crecelius**, § 51 Anm. 18; RG. 107, 164; JW. 1895, 602).

Die Förmlichkeiten der Klagerhebung sind von Amts wegen zu prüfen. Das gilt insbes. auch von der Wahrung der für die Klagerhebung bestimmten Anschlußfrist von einem Monat (**Parisius-Crüger-Crecelius**, § 51 Anm. 19). Das Unterlassen einer Rüge in der mündlichen Verhandlung kann daher den Mangel nicht heilen. Überdies wäre eine Unterlassung der Liquidatoren, die nach dem Akteninhalt allein als Vertreter der Genossenschaft auftreten, für den Aufsichtsrat nicht bindend (OLG. 19, 349). Unerheblich ist auch, ob im ersten Rechtszug Aufsichtsratsmitglieder bei der mündlichen Verhandlung zugegen waren und sich an der Verhandlung beteiligten.

(OLG. Königsberg, 4. ZS., Urt. v. 4. April 1927, 5 U 440/26.)

OLG. hat auch diese umstrittene Frage bejaht, weil von dem Ausgang des Prozesses die Mehrung der Teilungsmasse abhängig war.

Die Berufung war dabei zunächst allein von dem Konkursverwalter eingelegt worden und erst später auch von dem Aufsichtsrat. Das OLG. hält die Einlegung allein durch den Konkursverwalter als dem Vertreter der Genossenschaft für ausreichend. Dem wird man nicht zustimmen können; denn die zwingende Vorschrift des § 51 Abs. 3 GenG. wird man auch dahin auslegen müssen, daß in allen den Anfechtungsprozeß angehenden Rechtshandlungen die Genossenschaft durch den Vorstand bzw. Liquidatoren oder Konkursverwalter **und** den Aufsichtsrat zu vertreten ist.

Zuzustimmen wird allerdings dem OLG. darin sein, daß zumindest der nachträgliche Beitritt des Aufsichtsrats zu dem Prozeß, der tatsächlich erfolgt ist, diesen Mangel geheilt hat.

Das Urt. des OLG. ist ein interessanter Beitrag zu den zahlreichen Rechtsfragen, die sich aus § 51 GenG. ergeben.

RA. Dr. Dr. E. H. Meyer, Charlottenburg.

b) Strafsachen.

Dresden.

8. **§ 21 KraftfahrzG.; § 23 Abs. 3 KraftfahrzVerkVO. Der Kraftfahrer braucht sich nicht über Straßen- und Wegesperrungen zu unterrichten; er darf sich darauf verlassen, daß diese durch Warnungstafeln gekennzeichnet sind. Das Vorhandensein von Warnungstafeln ist Voraussetzung der Strafbarkeit. Schuldlose Unkenntnis der Warnungstafel ist Schuldausschließungsgrund.**

Der Angekl. hat behauptet, daß er von der Sperrung der Bielatalstraße keine Kenntnis gehabt habe. Das Amtsgericht hat dazu ausgeführt, als Kraftwagenführer treffe den Angekl. die Verpflichtung, sich über die Straßen, die an Sonn- und Feiertagen für den Kraftfahrzeugverkehr gesperrt sind, genau zu unterrichten. Das müsse in ganz besonderem Maße dann gelten, wenn ein Kraftwagenführer, wie der Angekl., in Dresden wohnt und es sich um Straßen handelt, die im Bezirke der Kreishauptmannschaft Dresden liegen. Darin, daß sich der Angekl. diese Kenntnis nicht verschafft hat, erblickt das Amtsgericht ein fahrlässiges Verschulden. Dieser Auffassung vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen. Es hieße dem Kraftfahrer eine schlechterdings nicht erfüllbare Verpflichtung aufbürden, wollte man von ihm verlangen, sich Kenntnis von allen derartigen Straßensperrungen im ganzen Reiche zu verschaffen und sie im Gedächtnis zu behalten. Aber auch die Zumutung, alle Sperrungen zu kennen, die für den zum großen Teile dicht bebauten Bezirk der Kreishauptmannschaft Dresden verfügt sind, in der der Angekl. wohnt, geht über das Maß derjenigen Sorgfalt hinaus, die der Gesetzgeber verlangt. Andernfalls würde die Bestimmung in § 23 Abs. 3 VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 5. Dez. 1925 ihre wesentlichste Bedeutung verlieren. Sie schreibt vor, daß auf derartige Verbote und Beschränkungen wie die Sperrung von Straßen für den Sonntagsverkehr durch Warnungstafeln hinzuweisen ist, und in der Rechtsprechung ist das Vorhandensein solcher Warnungstafeln als Strafvoraussetzung anerkannt. Deshalb konnte eine Verurteilung des Angekl. wegen fahrlässiger Zuwiderhandlung gegen die Sperrverordnung nicht schon deshalb erfolgen, weil er es unterlassen hat, sich Kenntnis von der Verordnung zu verschaffen, sondern nur, wenn er schuldhafterweise von der vorhandenen Warnungstafel keine Kenntnis erlangt hat. Der Vorderrichter irrt daher in seiner Annahme, daß es darauf, ob der Angekl. die Verbotstafel gesehen habe, nicht ankomme. Da der Angekl. sich damit verteidigt hat, daß er die Verbotstafel nicht gesehen habe, und da das Gegenteil nicht nachgewiesen ist, hätte der Vorderrichter prüfen müssen, ob dieses Nichtsehen auf ein Verschulden des Angekl. zurückzuführen ist. Da diese Prüfung unterblieben ist, besteht die Möglichkeit, daß die Verurteilung des Angekl. auf dem erwähnten Rechtsirrtum des Amtsrichters beruht.

Das angefochtene Urt. ist deshalb mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen entgegen dem Antrage der Staatsanwaltschaft aufgehoben worden.

(OLG. Dresden, Urt. v. 17. Mai 1927, 2 OSta 19/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Gülde, Dresden.

*

9. **§ 23 Abs. 1 KraftfahrzG. v. 3. Mai 1909; § 6 Abs. 6 KraftfahrzVerkVO. v. 15. März 1923 in der Fassung v. 5. Dez. 1925. Die Gültigkeit eines von der Behörde zum Verkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs dauert bei einem Eigentumswechsel nicht bis zu dem Zeitpunkt, wo die erneute Zulassung oder Ausschließung ausgesprochen wird.**

§ 6 Abs. 6 KraftVerkVO. der hier in Frage kommenden Fass. v. 5. Dez. 1925 bestimmt:

„Geht ein zum Verkehr auf öffentlichen Wegen und Plätzen bereits zugelassenes Kraftfahrzeug auf einen anderen Eigentümer über, so hat dieser bei der für seinen Wohnort zuständigen höheren Verwaltungsbehörde die erneute Zulassung des Fahrzeugs zu beantragen."

Das in dieser Bestimmung an den Eigentumswechsel geknüpfte Erfordernis der „erneuten Zulassung" hat zur logischen Voraussetzung, daß mit dem Eigentumswechsel die frühere Zulassung erloschen ist, und schließt die Annahme einer Fortdauer der früheren Zulassung über den Eigentumswechsel hinaus aus. Das ergibt sich aus dem Wortlaute der Bestimmung und steht im Einklange damit, daß die Zulassung eines Kraftfahrzeuges zum Verkehr dem Antragsteller persönlich erteilt wird und auf seinen Namen in die nach § 6 Abs. 2 VO. zu führende Liste eingetragen wird. Hätte der Gesetzgeber die Zulassung eines Kraftfahrzeugs über den Eigentumswechsel hinaus gelten lassen wollen, so würde er nicht eine erneute Zulassung, sondern, wie im Falle § 6 Abs. 3 Satz 1 VO., nur eine Berichtigung der Liste vorgeschrieben haben. Zu dem gleichen Ergebnisse kommen **Isaac** (§ 23 Z. 5 d), **Weitz** (§ 6 d. VO. Erl. III Abs. 4) und **Müller** (S. 387).

Hiernach war der Angekl. vor der erneuten Zulassung des von ihm zum Eigentum erworbenen Kraftrades zu dessen Führung auf öffentl. Wegen überhaupt nicht, auch nicht innerhalb der in § 6 Abs. 3 Satz 1 nur für die Berichtigung der Liste gewährten Frist von zwei Wochen, befugt und nach § 23 Abs. 1 KraftfahrzG. strafbar, weil der Wortlaut dieser Bestimmung eine verschiedene Behandlung der überhaupt noch nicht und der nicht mehr zum Verkehr zugelassenen Kraftfahrzeuge nicht zuläßt.

(OLG. Dresden, 2. StS., Urt. v. 10. Mai 1927, 2 O Sta 25/27)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

× **10.** **§ 34 KraftfVerkVO. Als Probefahrt kann verkehrspolizeilich, sowie steuerrechtlich (VO. v. 15. Mai 1924, RMinBl. S. 185) nur eine solche Fahrt gelten, die zur Feststellung der Gebrauchsfähigkeit des Kraftfahrzeuges dient und durch die Absicht der Erprobung veranlaßt ist. Der Begriff der Probefahrt ist ein steuerrechtlicher, kein steuerstrafrechtlicher. Die Sondervorschrift des § 9 Kraftfahrzeugsteuergesetz v. 8. April 1922 (RGBl. S. 396) wird nicht ohne weiteres durch die Tatsache anwendbar, daß ein Kraftfahrzeug zu einer Probefahrt benutzt wird. Ein nach § 9 zugeteiltes Probefahrtkennzeichen kann ein Dritter**

unter der Vergünstigung des § 9 nur dann bei einer Probefahrt benutzen, wenn er die Fahrt als Beauftragter des Probefahrtkennzeichen-Inhabers ausführt. Verhältnis des § 59 StGB. zu § 358 RAbgO. Anwendungsgebiet des § 377 RAbgO. †)

Der Angekl. hat als Mitinhaber der Firma E. in Dr. am 23. Mai 1925 an den Grünwarenhändler S. einen mit dem schwarzen, noch unversteuerten Kennzeichen II 424 versehenen Kraftwagen zum Preise von 1500 Reichsmark verkauft und übergeben. Der Kauf war unter der Bedingung abgeschlossen worden, daß der Käufer S. berechtigt sein sollte, den Kraftwagen der Verkäuferin zurückzugeben, falls er sich für die Zwecke des Käufers nicht eignen sollte. Darüber sollten noch eine oder mehrere von S. nach dem Kaufabschlusse vorzunehmende Probefahrten, bei denen S. den Wagen mit Gemüse beladen wollte, entscheiden. Zur Ausführung dieser Probefahrten hat der Angekl. das seiner Firma zugeteilte versteuerte rote Probefahrtkennzeichen II 0688 dem Käufer S. überlassen. S. hat auch am 25. und 26. Mai 1925 weitere Probefahrten mit dem Kraftwagen unternommen und hierbei das ihm überlassene rote Probefahrtkennzeichen benutzt. Wegen der Fahrt am 26. Mai 1925, bei der der Kraftwagen mit Gemüse enthaltenden Körben beladen war, sind der Käufer S. und der Angekl. wegen Verdachts der Hinterziehung der Kraftfahrzeugsteuer zur Anzeige gelangt. Das Finanzamt hat darauf gegen den Angekl. einen Strafbescheid erlassen wegen Vergehens nach § 359 RAbgO. in der Fassung der 3. SteuerNotVO. v. 14. Febr. 1924 in Verbindung mit §§ 1, 3, 4, 7, 10 KraftfahrzStG. und mit Art. XI § 1 der 2. SteuerNotVO. v. 19. Dez. 1923 (RGBl. 1224).

S. hat den Kraftwagen, wie der Angekl. wollte, alsbald versteuert. Er hat, nachdem er am 25. Mai 1925 das Finanzamt geschlossen vorgefunden hatte, am 28. Mai 1925 die Steuer bezahlt.

Abweichend von dem Urteil des AG., durch das der Angekl. freigesprochen worden ist, hat die Strafkammer auf die Berufung der Staatsanwaltschaft und des Finanzamts den Angekl. wegen Steuerordnungswidrigkeit in zwei Fällen auf Grund von § 377 RAbgO. verurteilt, weil er entgegen Punkt 6 und Punkt 3 Abs. 2 der ihm bekannten Vorschriften des Polizeipräsidiums über die Benutzung der nach § 34 Abs. 2 VO. des Reichsverkehrsministers v. 15. März 1923 (RGBl. 175) zugewiesenen Probefahrtkennzeichen v. 22. Jan. 1924 das seiner Firma zugeteilte Probefahrtkennzeichen II 0688 nicht lediglich zur Überführungsfahrt, sondern zu weiteren, nach Kaufabschluß vorzunehmenden Probefahrten an den Käufer des Kraftwagens verliehen, und weil er ferner die von diesem mit dem Kraftwagen am 25. und 26. Mai 1925 ausgeführten weiteren Probefahrten nicht in die von ihm zu führende Probefahrtenliste eingetragen, diese Eintragung vielmehr erst nach behördlicher Feststellung dieser Zuwiderhandlung nachgeholt habe. Die Strafkammer hat in diesen Vorschriften des Polizeipräsidiums v. 22. Jan. 1924 Verwaltungsbestimmungen i. S. des § 377 RAbgO. erblickt, die zu den im Interesse „der Steuerermittelung und Steueraufsicht" erlassenen Vorschriften der VO. des Reichsverkehrsministers v. 15. März 1923 ergangen und öffentlich bekannt gemacht worden seien.

Die Anwendung der §§ 359, 367 RAbgO. hat die Strafkammer mit folgender Begründung abgelehnt:

„Ob die von S. am 25. und 26. Mai 1925 ausgeführten Fahrten als Probefahrten i. S. des KraftfahrzStG. anzusehen seien, könne dahingestellt bleiben, denn dem Angekl. könne nach Lage der Sache nicht widerlegt werden, daß er — wenn auch möglicherweise rechtsirrtümlich — der Meinung gewesen sei, die von S. nach dem 23. Mai 1925 beabsichtigten und ausgeführten, der Ausprobierung des Kraftwagens dienenden Fahrten v. 25. und 26. Mai 1925 seien als Probefahrten aufzufassen, und daß er infolgedessen daran, daß die Überlassung des Probefahrtkennzeichens an S. eine Steuerhinterziehung enthalten könne, nicht gedacht habe. Dieser Irrtum schließe auch eine Bestrafung des Angekl. wegen Steuergefährdung i. S. des § 367 RAbgO. aus, weil er als unverschuldeter Irrtum anzusehen sei und daher nach § 358 RAbgO. die Straffreiheit begründe, soweit nicht eine Strafe wegen Ordnungswidrigkeit i. S. des § 377 RAbgO., die ein Verschulden überhaupt nicht zur Voraussetzung habe, zu verhängen sei."

Die Revision des Nebenklägers, die Verletzung der §§ 356, 358, 359, 367, 377 RAbgO. sowie der §§ 1, 4, 7, 10 KraftfahrzStG. rügt, ist begründet.

Der äußere Tatbestand der Zuwiderhandlung gegen Punkt 3 Abs. 2 der PolVO. v. 22. Jan. 1924 setzt das Vorliegen einer Probefahrt voraus. Denn in die zu führenden Probefahrtenlisten sind von den zu ihrer Führung Verpflichteten nur die von ihnen ausgeführten Probefahrten i. S. der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen einzutragen, nicht aber Fahrten, die keine Probefahrten i. S. dieser Bestimmungen sind. Der Zuwiderhandlung nach Punkt 6 Abs. 1 der erwähnten VO. dagegen kann sich nur derjenige schuldig machen, der das ihm zugeteilte Probefahrtkennzeichen an einen anderen zur Ausführung von Fahrten verleiht, die keine Probefahrten i. S. der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen sind. Die Verurteilung des Angekl. wegen der einen Zuwiderhandlung schloß hiernach rechtlich seine Verurteilung wegen der anderen aus.

Der Begriff der Probefahrten mit Kraftfahrzeugen ist jetzt sowohl verkehrspolizeilich als auch steuerrechtlich in dem gleichen Sinne gesetzlich festgelegt, und zwar verkehrspolizeilich in § 34 Abs. 10 der der Tatzeit nach hier allein in Betracht kommenden VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 15. März 1923 (RGBl. 175) in der Fassung von Ziff. 7 der VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 18. April 1924 (RGBl. 413) und steuerrechtlich in dem durch die VO. vom 15. Mai 1924 (RMinBl. 185) hinter Abs. 2 des § 34 der zum KraftfahrzeugStG. v. 8. April 1922 (RGBl. 396) erlassenen Ausführungsbestimmungen v. 29. Mai 1922 (RGBl. 301) eingefügten Abs. 3. Hiernach haben — also sowohl verkehrspolizeilich als auch steuerrechtlich — als Probefahrten zu gelten Fahrten zur Feststellung oder zum Nachweis der Gebrauchsfähigkeit von Kraftfahrzeugen, von Kraftfahrzeugbestand- oder Kraftfahrzeugzubehörteilen, wenn sie durch die Absicht der Erprobung veranlaßt sind und ihr in der Hauptsache dienen. Eine Probefahrt liegt dann nicht vor, wenn das Fahrzeug einem Kaufliebhaber gegen eine Vergütung für die Benutzung des Fahrzeugs — abgesehen von dem Ersatze der durch die Fahrt verursachten baren Auslagen für Betriebsstoffe — überlassen wird. Als Probefahrten sind nach diesen Bestimmungen ferner nicht anzusehen solche Fahrten, die mit Reklame-, Probe- oder Vorführungswagen veranstaltet werden und darauf abzielen, der Öffentlichkeit allgemein die zum Verkaufe gestellten Fahrzeuge vorzuführen, um erst die Kauflust anzuregen. Seit dem Inkrafttreten des KraftfahrzStG. v. 8. April 1922 sind Probefahrten mit Kraftfahrzeugen auf öffentlichen Wegen und Plätzen nicht mehr, wie nach dem RStempG. 1913 steuerfrei, sie haben vielmehr, wie sich aus § 9 KraftfahrzStG. und dem daselbst nicht ausgenommenen § 1 dieses Gesetzes ergibt, nunmehr ebenfalls als steuerpflichtige Benutzung von Kraftfahrzeugen zu gelten. Deshalb hat die Besteuerung der Benutzung von Kraftfahrzeugen zu Probe- und Überführungsfahrten nach den allgemeinen Vorschriften — insbesondere also nach §§ 3, 4, 7 Abs. 2, § 8 — zu erfolgen, solange nicht sämtliche Voraussetzungen zur Anwendung der Sondersteuerbestimmungen des § 9 gegeben sind. Vorbedingung für die Anwendbarkeit dieser Sondersteuervorschrift ist aber, daß dem Veranstalter der Probefahrt ein Probefahrtkennzeichen zugeteilt ist und daß das zur Probefahrt benutzte Kraftfahrzeug ein Probefahrtkennzeichen führt. Steuerrechtlich werden hiernach die Sondersteuervorschriften des § 9 KraftfahrzStG. nicht etwa ohne weiteres durch die bloße Tatsache anwendbar, daß ein Kraftfahrzeug zu einer Probefahrt benutzt wird. Gemäß § 7 Abs. 1 KraftfahrzStG., dessen Geltung in § 9 daselbst für Probefahrten nicht ausgenommen ist, ist auch die Steuer für bloße Probefahrten vor der Benutzung des Kraftfahrzeugs zu entrichten. Daraus, daß Probefahrten i. S. des § 9 nur von demjenigen ausgeführt werden können, dem ein Probefahrtkennzeichen zugeteilt ist und der die Steuer vor der Benutzung des Kraftfahrzeugs entrichtet hat, folgt, daß Fahrten, die ein Dritter unzulässigerweise mit dem Probefahrtkennzeichen desjenigen, dem es zugeteilt ist, ausführt, als Probefahrten i. S. der erwähnten Gesetzesbestimmungen nicht gelten können, daß vielmehr solche Fahrten den allgemeinen Steuervorschriften der §§ 3, 4, 7 Abs. 2, § 8 unterliegen (vgl. hierzu RGSt. 58, 186 ff.). Ob eine unzulässige, vom Gesetz nicht gestattete Benutzung des einer bestimmten Person zugeteilten Probefahrtkenn-

---

Zu 10. Der Entsch. ist in den Ergebnissen zuzustimmen. In erster Linie ist bestimmt festzustellen, ob die nach den getroffenen Vereinbarungen von dem Käufer des Kraftwagens vorzunehmenden Fahrten als Probefahrten i. S. der VerkVO. und der AusfBest. zum KraftfahrzStG. erachtet werden konnten. Der bisher angenommene Sachverhalt scheint dagegen zu sprechen. Die Parteien des Kaufvertrages scheinen keinen aufschiebend oder auflösend bedingten Kauf, sondern einen unbedingten Kauf im Auge gehabt und nur ein allenfallsiges Rücktrittsrecht des Käufers vereinbart zu haben. In diesem Falle war für eine Probefahrt kein Raum mehr (Oberl.-Bezold 401; Wille-Wolfbauer, Anm. II 2 zu § 9 KraftfahrzStG.). Es sollte nicht die allgemeine Gebrauchsfähigkeit des Wagens festgestellt oder nachgewiesen, sondern nur die Verwendbarkeit des Wagens für die Zwecke des Käufers geprüft werden. Dafür spricht auch die Tatsache, daß der Kraftwagen bereits zugelassen und mit einem polizeilichen (schwarzen) Kennzeichen versehen war.

Weshalb der Wagen, der doch ein Kennzeichen hatte und demnach — § 11 KraftfahrzStG. alter Fassung — versteuert sein mußte, eines weiteren Kennzeichens (Probefahrtkennzeichen) und der neuen Versteuerung bedurfte, ist aus dem Tatbestand nicht ersichtlich. Nach § 13 VerkVO. konnten doch am Wagen nicht die beiden Kennzeichen nebeneinander angebracht werden. Es wird wohl so sein, daß der Wagen von der Firma gebraucht erworben und an S. weiterverkauft wurde und daß der ursprüngliche Verkäufer die Steuerkarte behufs Umschreibung auf einen neu erworbenen Wagen zurückbehielt (§ 8 KraftfahrzStG.) oder es war die Steuerkarte abgelaufen.

Auf jeden Fall mußte S. gemäß § 6 Abs. 6 VerkVO. die Neu-

zeichens vorliegt, ist reine Tatfrage. Ein Recht zur Benutzung des Probefahrtkennzeichens kann selbstverständlich nicht nach dem freien Willen des Inhabers erteilt werden, denn nach den grundlegenden Polizeivorschriften (§ 34 KraftfahrzVerkVO. v. 15. März 1923) handelt es sich bei der Zuteilung von Probefahrtkennzeichen um eine höchstpersönliche Vergünstigung, die nur zuverlässigen Personen erteilt wird und diese zu genauer Listenführung (vgl. § 34 Abs. 6 VO. v. 15. März 1923 und Punkt 3 Abs. 2 der Polizeivorschriften) über die mit ihnen unternommenen Fahrten verpflichtet (vgl. auch § 39 Abs. 3 KraftfahrzStAusfBest. v. 29. Mai 1921, RZBl. 301). Die Berechtigung zur Benutzung eines Probefahrtkennzeichens kann deshalb nicht an Dritte zur selbständigen Ausführung von Probefahrten übertragen werden. Die Berechtigung eines Dritten zur Benutzung des einer bestimmten Person zugeteilten Probefahrtkennzeichens würde nur dann anzuerkennen sein, wenn der Dritte eine oder auch mehrere bestimmte Fahrten als Beauftragter des Probefahrtkennzeicheninhabers ausführt (vgl. Entsch. des RFH. 15, 27).

Da dem S. im vorliegenden Fall ein Probefahrtkennzeichen nicht zugeteilt war, bei den von ihm am 25. und 26. Mai 1925 unternommenen Fahrten vielmehr das ihm vom Angekl. hierzu zur Verfügung gestellte, der Firma E. zugeteilte Probefahrtkennzeichen benutzt worden ist, wäre deshalb zu prüfen gewesen, wer Veranstalter dieser beiden Fahrten war, ob der Angekl. oder S., ob es sich also bei diesen Fahrten um von S. selbständig oder um im Auftrage des Angekl. ausgeführte Fahrten gehandelt hat.

Anlaß zu rechtlicher Beanstandung gibt aber weiter das angefochtene Urteil, soweit in ihm die Anwendbarkeit des § 359 RAbgO. aus dem Gesichtspunkt des § 59 Abs. 1 StGB., die des § 367 RAbgO. aber aus dem Gesichtspunkt des § 358 RAbgO. verneint und die Anwendbarkeit des § 377 RAbgO. bejaht worden ist. Aus den Ausführungen des Urteils erhellt, daß die Strafkammer das Verhältnis des § 59 StGB. zu § 358 RAbgO. nicht klar erfaßt hat und daß sie bei der Anwendung des § 377 RAbgO. von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist.

Der § 59 StGB. hat durch die Vorschrift in § 358 RAbgO. nicht eingeschränkt werden sollen. Durch § 358 RAbgO. sollte, wie aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift hervorgeht, nur der in der sogenannten IrrtumsVO. v. 18. Jan. 1917 erstmalig zu gesetzlicher Anerkennung gelangte Gedanke der strafbefreienden Wirkung des Strafrechtsirrtums auf das Gebiet des Reichssteuer**straf**rechts in demselben Sinne wie in jener Verordnung übertragen werden. Es sollte auch hier nur ein Weg geschaffen werden, einen **schuldigen** Täter aus persönlichen Gründen straflos zu lassen (vgl. RGSt. 56, 409). Die Anwendung des § 358 RAbgO. kann hiernach immer erst dann in Frage kommen, wenn die Voraussetzungen des § 59 StGB. nicht vorliegen. Der Irrtum über nicht dem Reichssteuer**straf**recht angehörige Vorschriften ist daher als dem Tatsachenirrtum gleichgestellter, den Vorsatz, und wenn er unverschuldet ist, auch Fahrlässigkeit ausschließender Rechtsirrtum nicht strafrechtlicher Art i. S. des § 59 StGB. zu beurteilen, so daß auch der Irrtum über steuerrechtliche Vorschriften, d. h. über Vorschriften des materiellen Steuerrechts unter § 59 StGB. fällt und nur der Irrtum über **steuerstrafrechtliche** Vorschriften nach dieser Vorschrift unberücksichtigt zu bleiben hat. Da die Vorschriften über die Steuer**pflicht** dem materiellen Steuerrecht, nicht aber dem Steuerstrafrecht angehören, schließt jeder Irrtum über die Steuerpflicht, also auch der unentschuldbare, den Vorsatz und der unverschuldete nach § 59 Abs. 2 StGB. auch die Fahrlässigkeit aus (vgl. **Becker**, RAbgO. 4. Aufl. Anm. 4 zu § 358). Würde man der Ansicht folgen, der nichtsteuerstrafrechtliche Rechtsirrtum sei seit Inkrafttreten der RAbgO. abschließend unter Ausschaltung des § 59 StGB. in § 358 RAbgO. geregelt, so würde dies zu dem unannehmbaren, vom Gesetzgeber zweifellos nicht gewollten Ergebnis führen, daß der Vorsatz, der bis dahin durch das Bestehen eines nicht strafrechtlichen Rechtsirrtums ausgeschlossen wurde, bestehen bliebe und eine vorsätzlich begangene strafbare Handlung vorläge, wenn der nicht strafrechtliche Irrtum nicht unverschuldet ist. Der § 358 RAbgO. würde dann und zumal der Irrtum i. S. dieser Vorschrift nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund, nicht aber wie der Irrtum über einen Tatumstand i. S. des § 59 StGB. einen Schuldausschließungsgrund bildet (vgl. RGSt. 53, 81; 18, 419; 57, 15) nicht die vom Gesetzgeber gewollte Milderung, sondern eine wesentliche Verschärfung des bis zum Inkrafttreten der RAbgO. (vgl. § 444 Abs. 1 und § 453 Satz 4) in Geltung gewesenen Rechtszustandes gebracht haben (vgl. hierzu Urteil des OLG. **Karlsruhe** JW. 1925, 2022).

Die StK. hat den Irrtum, vermögedessen der Angekl. die von S. am 25. und 26. Mai 1925 ausgeführten Fahrten für Probefahrten gehalten und deshalb die Steuerpflicht des S. für die Benutzung des Kraftwagens zu diesen beiden Fahrten nicht für gegeben erachtet hat, zutreffend als dem Tatsachenirrtum gleichgestellten, den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum nicht strafrechtlicher Art beurteilt. Denn der Begriff der Probefahrten ist lediglich ein steuerrechtlicher, aber kein steuerstrafrechtlicher. Die Vorschriften darüber, welche Fahrten nicht als Probefahrten gelten und deshalb unter die allgemeinen Steuervorschriften des KraftfahrzStG. fallen, gehören ebenso wie die Vorschriften über die Person des Schuldners der Kraftfahrzeugsteuer dem materiellen Steuerrecht, nicht aber dem Steuerstrafrecht an. Eine vorsätzliche Hinterziehung der Kraftfahrzeugsteuer (§ 359 RAbgO.) durch den Angekl. zum Vorteile S. kommt hiernach nicht in Frage. Nach den im angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen, nach denen S., **wie der Angekl. wollte**, die Steuer für den von ihm gekauften Kraftwagen alsbald entrichtet hat, ist auch die Annahme eines bedingt vorsätzlichen Handelns des Angekl. ausgeschlossen.

Die Strafkammer hat nun zwar nicht außer Acht gelassen, daß in § 367 RAbgO. auch die Steuergefährdung, d. h. das fahrlässige Bewirken einer Verkürzung von Steuereinnahmen unter Strafe gestellt ist, sie hat aber die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht, wie es richtig gewesen wäre, aus dem Gesichtspunkt des § 59 Abs. 2 StGB., sondern aus § 358 RAbgO. verneint und überdies die Unverschuldetheit des Irrtums des Angekl. in rechtlich zu beanstandender Weise aus der Übereinstimmung mit der Ansicht des Erstinstanzrichters gefolgert. Diese Begründung legt die Annahme nahe, daß die Strafkammer bei der Würdigung des Verschuldens des Angekl. von rechtsirriger Auffassung ausgegangen ist. Auf Grund der Ansicht des Erstinstanzrichters kann der Angekl. zu seiner irrigen Meinung nicht gekommen sein, da sie ihm zu der Zeit, zu der er in dem Irrtum befangen war, nicht bekannt sein konnte. Zu prüfen wäre daher gewesen, ob der Angekl. nach der von ihm als Händler mit Kraftfahrzeugen zu verlangenden Sorgfalt und Aufmerksamkeit und nach seinen persönlichen Fähigkeiten seinen Irrtum bei pflichtmäßigem Verhalten hätte vermeiden können und ob er namentlich alles getan hat, was er zur Vermeidung seines Irrtums tun konnte und billigerweise von ihm zu fordern war.

Zur Anwendung des § 377 RAbgO. endlich hätte die Strafkammer auf Grund der von ihr angestellten Erwägungen nicht gelangen können.

Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung, deren Wortlaut, wie die Strafkammer offenbar übersehen hat, durch Art. VIII § 56 Ziff. 10 der 3. SteuerNotVO. v. 14. Febr. 1924 (RGBl. 74) dahin geändert worden ist, daß an Stelle der Worte: „Steuerermittlung und Steueraufsicht" die Worte „Besteuerung (einschließlich der Vorbereitung, Sicherung und Nachprüfung der Besteuerung)" getreten sind, hat zur Voraussetzung, daß den im Interesse der Besteuerung erlassenen Vorschriften der **Steuergesetze** oder **der dazu** ergangenen und öffentlich oder den Beteiligten besonders bekanntgemachten Verwaltungsbestimmungen durch andere als die in den Steuergesetzen unter Strafe gestellten Handlungen oder Unterlassungen zuwidergehandelt worden ist, daß kein Strafausschließungsgrund vorliegt und daß die Zuwiderhandlung nicht auf einem unabwendbaren Zufall beruht. Die Vorschriften, denen zuwidergehandelt worden ist, müssen hiernach in Steuergesetzen (vgl. § 3 RAbgO.) oder in dazu ergangenen und öffentlich oder den Beteiligten besonders bekanntgemachten Verwaltungsbestimmungen enthalten sein. Der Ansicht der Strafkammer, daß die Vorschriften des Polizeipräsidiums vom 22. Jan. 1924 als solche Verwaltungsbestimmungen anzusehen seien,

zulassung beantragen und vor der Zulassung wäre nach § 11 KraftfahrzStG. (alt) die Versteuerung und Erteilung der Steuerkarte nötig gewesen.

S. war zu einer Probefahrt mit dem Probefahrtkennzeichen der Firma E. & F. nicht berechtigt. Wenn E. ihm zu einer solchen das Probefahrtkennzeichen überließ, so lag für ihn objektiv der Tatbestand des § 35 AbgO. (Steuerhinterziehung) vor. Ebenso aber auch für S.

E. durfte das Probefahrtkennzeichen dem S. nur überlassen, wenn dieser (S.) eine Probefahrt **für ihn** (E.) vornehmen sollte (**Oberl.-Bezold** 409, 451; ferner **Wille-Wolfsbauer** Anm. II Ziff. 2 zu § 9 KraftfahrzStG.). Voraussetzung war, daß noch Anlaß zu einer Probefahrt bestand (vgl. RFH. 15, 27; ferner **Oberl.-Bezold** 409, 401; ferner RFH. v. 11. Nov. 1924, II A 1033, RStBl. 1925, 6), was eben hier zu verneinen sein wird.

1. Bestrafung aus § 359 RAbgO. ist, wenn der objektive Tatbestand gegeben ist, ausgeschlossen, wenn der Schuldausschließungsgrund des § 59 Abs. I StGB. gegeben ist: Irrtum über Tatumstände. Dazu gehört Irrtum über das Steuerrecht. Zutreffend bezeichnet die Strafkammer die Vorschriften über den Begriff und die Zulässigkeit der Probefahrt als solche des Steuer-, nicht des Steuer**straf**rechts. Irrte E. darüber, so konnte Bestrafung aus § 359 AbgO. nicht eintreten, ohne Rücksicht darauf, ob der Irrtum entschuldbar war oder nicht. Bei vorsätzlichen Delikten schließt nach § 59 Abs. I StGB. jeder Irrtum über einen Tatumstand, ob verschuldet oder unverschuldet, die Bestrafung aus.

Der § 358 AbgO. kommt bei Vorliegen eines solchen Irrtums (über einen Tatumstand, einschließlich über eine Vorschrift des materiellen Steuerrechts) nicht zur Anwendung.

Der von der Entsch. vertretenen Auffassung über das Verhältnis zwischen § 59 StGB. und § 358 AbgO. — bestritten, s. **Becker**, AbgO. 4. Aufl. § 359 Nr. 4 — wird beizutreten sein.

2. Bestrafung aus § 367 AbgO. Mit Recht verlangt die Strafkammer, daß erst festgestellt wird, ob E. Täter i. S. des § 367 AbgO.

kann nicht gefolgt werden. Denn der übrigens nicht vom Reichsverkehrsminister, sondern von der Reichsregierung nach Zustimmung des Reichsrats erlassenen, vom Reichsverkehrsminister lediglich auf Grund der Ermächtigung in Art. III VO. über Änderungen der Regelung des Kraftfahrzeugverkehrs v. 15. März 1923 (RGBl. 169) in neuer Fassung bekanntgemachten VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 15. März 1923 kommt ebenso wie den erwähnten Vorschriften des Polizeipräsidiums weder die Eigenschaft eines Steuergesetzes, noch die Eigenschaft von zu einem Steuergesetz ergangenen Verwaltungsbestimmungen zu (vgl. hierzu den Eingang der VO. v. 15. März 1923 [RGBl. 169], Art. 179 Abs. 2 RV. und Art. VI des Ges. v. 21. Juli 1923 [RGBl. 743]). Die VO. v. 15. März 1923 ist wie die durch sie abgeänderte VO. des Bundesrats über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. Febr. 1910 (RGBl. 389) lediglich erlassen worden auf Grund von § 6 des Ges. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 (RGBl. 437), hat also mit der Regelung oder Sicherung der Kraftfahrzeugsteuer, für deren Verwaltung die RAbgO. gilt, nichts zu tun. Das Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 regelt, wie schon seine Überschrift besagt, ausschließlich den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, ist also ebenfalls kein Steuergesetz, und die VO. über Kraftfahrzeugverkehr v. 15. März 1923 enthält in der Hauptsache, insbesondere aber in ihrem hier in Betracht kommenden § 34 die zur Erhaltung der Ordnung und Sicherheit auf den öffentlichen Straßen und Plätzen für erforderlich erachteten — verkehrspolizeilichen — Anordnungen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen. Zuwiderhandlungen gegen diese verkehrspolizeilichen Anordnungen sind aber nur im Gesetz v. 3. Mai 1909, insbesondere in § 21 unter Strafe gestellt. Die Verurteilung des Angekl. wegen der ihm zur Last gelegten Zuwiderhandlungen gegen die Polizeivorschriften aus § 377 RAbgO. würde nach alledem, selbst wenn die getroffenen tatsächlichen Feststellungen den Tatbestand dieser Zuwiderhandlungen erfüllen würden, der rechtlich einwandfreien Grundlage entbehren.

In Betracht kommt aber weiter noch, daß § 377 RAbgO. ein reines Formaldelikt, d. h. ein Delikt ist, bei dem das Gesetz selbst ein schuldhaftes Handeln nicht erfordert, sondern die Strafbarkeit lediglich von dem Vorliegen des äußeren Tatbestandes abhängig macht. Subjektives Verschulden und damit auch die Kenntnis des Täters von den zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Umständen ist daher bei strafbaren Handlungen dieser Art ohne Bedeutung. Da aber nach § 377 Abs. 1 Satz 3 RAbgO. von Verhängung der Ordnungsstrafe abzusehen ist, wenn ein Strafausschließungsgrund vorliegt, und als Strafausschließungsgrund i. S. dieser Vorschrift auch unverschuldeter Irrtum i. S. des § 358 RAbgO. zu gelten hat, hätte die Strafkammer auch aus diesem Grunde auf eine Verurteilung des Angekl. aus § 377 RAbgO. nicht zukommen dürfen. Denn nach ihrer — wie ausgeführt rechtsirrigen — Annahme steht dem Angekl. der Strafausschließungsgrund des § 358 RAbgO. zur Seite.

In der erneuten Verhandlung wird die Strafkammer in erster Linie an der Hand der obigen Ausführungen zu prüfen haben, ob die von S. ausgeführten beiden Fahrten als von der Firma E. veranstaltete Probefahrten i. S. des § 9 KraftfahrzStG. zu gelten haben. Für die Entscheidung dieser Frage kann unter Umständen auch von Bedeutung sein, welcher Art der von dem Angekl. mit S. über den Kraftwagen abgeschlossene Kauf war, ob er als Kauf auf Probe unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung oder unter der auflösenden Bedingung der Mißbilligung des gekauften Gegenstandes durch den Käufer (§ 495 BGB.) oder endlich als unbedingter Kauf unter Vorbehalt des Rücktrittsrechts des Käufers (§ 346 BGB.) abgeschlossen worden ist.

Weiter wird zu beachten sein, daß nach § 367 RAbgO. wegen Steuergefährdung nur strafbar ist, wer als Steuerpflichtiger oder als Vertreter oder bei Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen fahrlässig bewirkt, daß Steuereinnahmen verkürzt werden, daß sich also diese Strafvorschrift — abweichend von § 359 RAbgO. — nur gegen ganz bestimmte Personen richtet. Da der Angekl. weder als Steuerpflichtiger noch als Vertreter des Steuerpflichtigen in Betracht kommt, kann es sich nur fragen, ob seine Tätigkeit etwa als eine solche bei Wahrnehmung der Angelegenheiten des Steuerpflichtigen aufzufassen ist.

(OLG. Dresden, 2. StrS., Urt. v. 4. Mai 1926, 2 OSt 35/26.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Weber, Dresden.

---

sein kann. Bejahendenfalls ist, da ein Irrtum über materielles Steuerrecht — Probefahrt? — in Frage steht, der § 59 Abs. 2 StGB. vor § 358 AbgO. (Irrtum über Steuerstrafrecht) anzuwenden. Der Irrtum dürfte auf Fahrlässigkeit beruhen; denn eine Firma, die ein Probefahrtkennzeichen erhalten hat (Voraussetzungen s. Oberl.-Bezold 403, 402: Zuverlässigkeit), sollte die Bestimmungen über die Verwendung des Probefahrtkennzeichens kennen oder sich erkundigen.

3. Bestrafung aus § 377 AbgO. Die Strafkammer nimmt zutreffend an, daß die VerkVO. und die zu dieser erlassenen PolVO. nicht zu den Vorschriften gehören, deren Verletzung (Nichtführen der Probefahrtliste) unter § 377 AbgO. fällt.

RA. Dr. Siegfried Wille, München.

Landgerichte.

Hamburg.

1. § 102 KO. Für die Eröffnung des Konkursverfahrens genügt nicht die Glaubhaftmachung der Konkursforderung, sondern das Konkursgericht muß, wenn es das Konkursverfahren eröffnet, von dem Bestehen der Forderung voll überzeugt sein. †)

Dies gilt insbesondere da, wo die Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Bestehen einer Forderung eines Gläubigers abhängt. Daß hier mit besonderer Vorsicht vorzugehen ist, ergibt sich aus der Erwägung, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens mit allen ihren Wirkungen von folgenschwerer Bedeutung für die wirtschaftliche Existenz des Schuldners ist und in der Regel nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, auch wenn sich später das Nichtbestehen der Forderung herausstellt. Aus diesem Grunde kann nur eine solche Konkursforderung zur Eröffnung des Verfahrens führen, von deren Bestand das Gericht die volle Überzeugung erlangt hat.

(LG. Hamburg, Beschl. v. 10. Mai 1927, K Bs 17/27.)

Mitgeteilt von Landrichter Dr. Marcus, Hamburg.

*

Zu 1. 1. Die Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt nicht von Amts wegen, sie ist durch einen Antrag bedingt, dessen materielle Voraussetzung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 102 KO.), in besonderen Fällen die Überschuldung, bildet. Antragsbefugt ist der Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger (§ 103 KO.).

Geht der auf eigene Zahlungsunfähigkeit (Überschuldung) gestützte Antrag von dem Gemeinschuldner aus, so kann das Gericht, falls es sich von der Richtigkeit dieser Angabe unter Berücksichtigung der eingereichten Schriftstücke, der Gläubiger- und Schuldnerliste sowie der Vermögensübersicht (§ 104 KO.), überzeugt hält, von allen weiteren Nachforschungen Abstand nehmen und das Konkursverfahren sofort eröffnen. Wenn der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit (Überschuldung) selbst annimmt, so fürchtet er offensichtlich nicht, daß dadurch eine Gefährdung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse herbeigeführt werden könnte, oder er verzichtet auf einen fürsorglichen Schutz dagegen. Deshalb sind besondere Anforderungen an seinen Eröffnungsantrag nicht vorgesehen. Indessen ist das Gericht an sein darin enthaltenes Zugeständnis über das Vorliegen des Konkursgrundes keineswegs gebunden, da in dem Konkursverfahren im allgemeinen der Grundsatz des Amtsbetriebes herrscht; vielmehr ist es, sofern weitere Ermittelungen noch erforderlich sind, ebenso berechtigt wie verpflichtet, solche von Amts wegen anzustellen (§ 75 KO.). Gewinnt es danach die Überzeugung (§ 72 KO., § 286 ZPO.), daß der Konkursgrund nicht gegeben ist, so weist es trotz des Zugeständnisses des Schuldners dessen Eröffnungsantrag ab, im umgekehrten Falle eröffnet es das Konkursverfahren.

2. Stellt nicht der Gemeinschuldner, sondern ein Konkursgläubiger den Eröffnungsantrag, so tritt das Konkursgericht zunächst in eine Prüfung der Frage der Zulässigkeit des Antrags ein. Zulässig ist aber der Antrag nur bei Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO.) sowohl der Forderung des Gläubigers wie der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Fehlt es hieran, versäumt es der Gesuchsteller, auch nur eine dieser beiden Voraussetzungen glaubhaft zu machen, so wird sein Antrag a limine als unzulässig zurückgewiesen. Der Konkursrichter muß also von vornherein diese Vorprüfung vornehmen. Ist dem Erfordernis der Glaubhaftmachung in bezug auf die beiden erwähnten Punkte genügt, so geht er, ohne daß es eines besonderen Beschl. über die Zulassung bedarf, auf die sachliche Begründung des Antrags ein und verfährt zu diesem Behufe gemäß § 105 Abs. 2; dazu Abs. 3 KO.

In diesem unmittelbar anschließenden Verfahren handelt es sich nicht mehr bloß darum, ob die Forderung des Gläubigers und der Konkursgrund glaubhaft gemacht sind. Vielmehr darf die Eröffnung des Konkurses nur stattfinden, wenn das Gericht auf Grund selbständiger Prüfung und Vornahme etwa erforderlicher Ermittelungen nach freier Beweiswürdigung die Überzeugung davon erlangt, daß die Forderung des Gläubigers bestehe, und daß der Konkursgrund vorhanden sei. Gewinnt es diese Überzeugung auch nur bezüglich einer der beiden Voraussetzungen der Konkurseröffnung nicht, so muß trotz der Glaubhaftmachung und Zulassung des Antrags die Konkurseröffnung abgelehnt werden.

3. Im vorliegenden Falle haben das Konkursgericht wie das Beschwerdegericht sich nicht davon überzeugen können, daß die Forderung des Gläubigers begründet sei. Ich habe nur ein Bedenken. Da für die Forderung des Gläubigers ein vollstreckbarer Schuldtitel vorhanden war, so war doch wohl prima facie anzunehmen, daß die Forderung bestand, und das Beschwerdegericht hätte nicht allein sich auf die bloße Möglichkeit einer Aufhebung dieses Urt. im dritten Rechtszuge stützen, sondern den Beschwerdepunkt

Kottbus.

2. §§ 71, 66 GeschAufsVO. **Die Kosten eines abgelehnten Geschäftsaufsichtsverfahrens sind, auch wenn im Anschluß an die Ablehnung das Konkursverfahren eröffnet wird, keine Massekosten, sondern gewöhnliche Konkursforderungen.** †)

Das GeschAufsVerfahren wird erst durch die Entsch. des Gerichts eröffnet. Der Antrag auf Anordnung der GeschAufs. ist nur eine formelle Voraussetzung für die Eröffnung des Verfahrens. Die Kosten für das Verfahren über den Eröffnungsantrag gehören deshalb noch nicht zu den Verfahrenskosten selbst. Dies ist erst dann der Fall, wenn das Verfahren eröffnet ist. Die Gerichtskosten sind auch deshalb nicht als Massekosten zu betrachten, weil das Konkursverfahren nicht im Anschluß an eine GeschAufs. eröffnet worden ist. Dies setzt voraus, daß eine GeschAufs. zumindestens angeordnet worden ist.

(LG. Kottbus, Beschl. v. 31. Mai 1927, 2 T 416/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. von Steinwehr, Kalau N.-L.

B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Senatspräs. Dr. G. Strutz, Reichsfinanzrat Dr. Boethke Reichsfinanzrat Arlt u. Reichsfinanzrat Dr. Gg. Schmauser, München

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

✕**1.** § 4 RAbgO.; VermStG. **Eine juristische Person kann ebenso wie ein physische Person z. T. einen selbständigen Gewerbebetrieb ausüben, z. T. als Angestellte eines anderen Unternehmens tätig werden.** †)

Die beschwerdeführende Gesellschaft, die ihren Sitz in Holland hat, betreibt u. a. auf dem deutschen Teile des Rheins Schiffahrt. Sie befördert Güter auf Grund langfristiger Rahmenverträge, die sie mit verschiedenen, einem deutschen Konzern angehörigen Gesellschaften geschlossen hat. Die einzelnen Aufträge werden jedoch regelmäßig nicht von ihr, sondern von einer deutschen Gesellschaft (in folgendem mit D. N. bezeichnet) bearbeitet. Diese Gesellschaft ist i. J. 1919 gegründet worden. Vier Fünftel ihres Stammkapitals befinden sich in der Hand der Beschwerdeführerin. Die geschäftliche Tätigkeit der D. N. wickelt sich in der Weise ab, daß sich die genannten Firmen, soweit es sich um Transporte von Deutschland nach Holland oder innerhalb Deutschland handelt, unmittelbar an die D. N. wenden. Diese sorgt für die Ausführung der Aufträge, wobei in dreierlei Weise verfahren wird. Entweder werden die Schiffe der Beschwerdeführerin befrachtet, sofern solche gerade frei in den Ruhrhäfen liegen, oder die D. N. verwendet ihren eigenen Schiffsraum, der in zwei Schiffen besteht, oder sie chartert fremde Schiffe. Die erforderlichen Verträge werden von der D. N. im Namen und im Auftrag der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Die D. N. erhält für ihre Tätigkeit die im Speditionsgewerbe übliche Provision. Ihr Aufgabenkreis beschränkt sich jedoch nicht auf die geschäftliche Verbindung mit der Beschwerdeführerin. Sie betreibt außerdem Erzhandelsgeschäfte und eigenes Frachtgeschäft, und zwar ist dieser Teil ihrer Tätigkeit der überwiegende.

Das FinGer. folgert aus diesem Tatbestande zunächst, daß sich das Unternehmen der D. N. als eine Betriebsstätte der Beschwerführerin darstelle. Aus den gesamten Umständen des Falles gehe hervor, daß die D. N. zu der Beschwerdeführerin im Verhältnis eines unselbständigen Angestellten stehe, durch den sie ihr Transportgewerbe in Deutschland betreibe. Die Abhängigkeit der deutschen Gesellschaft werde besonders dadurch erwiesen, daß ihre Geschäftsführer mit denjenigen der Beschwerdeführerin identisch seien. Die Geschäftsführer seien bei ihren Anordnungen gar nicht in der Lage, die Interessen der beiden Gesellschaften auseinanderzuhalten. Die Auffassung, daß beide Betriebe eine Einheit bilden, sei auch bei den auftraggebenden Firmen eines Konzerns vorherrschend, die sich „nur der Einfachheit halber" an die D. N. wegen der Einzelausführungen der bestehenden Rahmenverträge wendeten. Nach der Gesamtlage könne kein Zweifel sein, daß innerhalb dieses gemeinsamen Betriebs die Beschwerdeführerin die beherrschende Gesellschaft sei.

Diesen Ausführungen tritt die Rechtsbeschwerde mit dem Einwand entgegen, aus der Annahme eines Angestelltenverhältnisses ergebe sich die Folge, daß das in dem Betriebe der D. N. arbeitende Vermögen, das bereits dort herangezogen sei, nochmals bei ihr der Vermögensteuer unterworfen werde, was eine unzulässige Doppelbesteuerung bedeute. Dem ist entgegenzuhalten, daß es sich gar nicht um das Vermögen der D. N. handelt, das nach RFH. 17, 53 auch bei Bejahung der Organeigenschaft dieser Gesellschaft grundsätzlich in deren Hand der Besteuerung unterliegt, sondern darum, ob die Beschwerdeführerin selbst mit Rücksicht auf die Ausübung eines inländischen Gewerbebetriebs mit ihrem eigenen Vermögen steuerpflichtig ist, soweit es dem inländischen Betriebe gewidmet ist. Daß ein inländisches Unternehmen, das von einer jurist. Person unterhalten wird, die ihrerseits als Angestellte einer ausländischen Gesellschaft tätig ist, als inländische Betriebsstätte der letzteren angesehen und aus dieser Tatsache das Bestehen einer beschränkten Steuerpflicht hergeleitet werden kann, hat der RFH. 9, 167 dargelegt. Im vorl. Falle reicht jedoch der festgestellte Sachverhalt nicht aus, um daraus die vom FinGer. gezogene Folgerung herzuleiten, daß die D. N. ihre gesamte Tätigkeit als Organgesellschaft der Beschwerdeführerin entfalte und nur als solche in die Erscheinung trete. Bereits im Vorverfahren war von dem als Zeugen vernommenen Prokuristen der D. N. ausgesagt worden, daß die D. N. hinsichtlich ihres sonstigen Geschäftsbetriebs (Erzhandels- und Frachtgeschäfts) in ihren Entschließungen durch die Beziehungen zu der Beschwerdeführerin in keiner Weise beeinflußt werde. Darauf ist, wie die Rechtsbeschwerde mit Recht rügt, das FinGer. nicht eingegangen. Andererseits kann ihr darin nicht gefolgt werden, daß der Umstand, daß die D. N. zu einem Teile als selbständige Gewerbetreibende auftrete, die Annahme eines Angestelltenverhältnisses überhaupt ausschließe. Der RFH. hat in 3, 290 (293) unter Bezugnahme auf die Rspr. des PrOVG. 6, 427 ff. als möglich anerkannt, daß eine und dieselbe Person als Generalagent, d. h. als Angestellter einer Versicherungsgesellschaft tätig sei und daneben gleichzeitig als Spezialagent eine selbständige gewerbliche Tätigkeit ausüben könne. Ist bei einer physischen Person die Möglichkeit eines Nebeneinanderbestehens selbständiger und unselbständiger Tätigkeit gegeben, so muß das gleiche für juristische Personen gelten. Die Entwicklung, die die Organtheorie in der Rspr. genommen hat, beruht auf dem Gedanken, daß juristische Personen hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Betätigung physischen Personen gleichzustellen sind und unter sinngemäßer Anwendung der dort für die Annahme einer Unselbständigkeit in Betracht kommenden Merkmale bei deren Vorliegen steuerlich gleichfalls als Angestellte behandelt werden müssen.

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die D. N. die Eigenschaft einer Organgesellschaft besitzt, da sie jedenfalls als die ständige Inlandsvertreterin der Beschwerdeführerin anzusprechen ist und sich allein schon aus diesem Umstande das Vorliegen eines inländischen Gewerbebetriebs ergibt. Daß für den Geltungsbereich des VermStG. 1922 und des Art. II der II. SteuerNotVO. (vgl. insbes. § 9) ein ausländisches Unternehmen in Deutschland ein Gewerbe nicht nur dann betreibt, wenn es im Inland eine Betriebsstätte unterhält, sondern auch dann, wenn es durch einen ständigen Vertreter im Inland seine Geschäfte betreibt, hat der RFH. 17, 62 ausgesprochen. Ständige Vertreter in diesem Sinne können sowohl Angestellte der ausländischen Firma als auch selbständige Gewerbetreibende sein. Daß die D. N. im Rahmen der von ihr für die Beschwerdeführerin entfalteten Tätigkeit Provision bezieht, würde nicht hindern, sie nicht als Angestellte, sondern als selbständige Unternehmerin anzusehen. Der Umstand, daß der Vertreter einen eigenen Gewerbebetrieb ausübt und seinerseits Unternehmergewinn macht, steht der Annahme nicht entgegen, daß die von dem inländischen Vertreter innerhalb seines Gewerbebetriebs abgeschlossenen Geschäfte auch dem Gewerbebetriebe der vertretenen Firma zugerechnet werden. Andernfalls würden als selbständige Vertreter im wesentlichen nur die im Inland befindlichen Angestellten ausländischer Unternehmer in Betracht kommen, während selbständige Gewerbetreibende (selbständige Handlungsagenten, Kommissionäre usw.) grundsätzlich ausgeschaltet wären. Eine solche Betrachtungsweise würde der RFH. 17, 62 gebilligten Auffassung widersprechen, daß auch derjenige ein Gewerbe betreibt, für dessen Rechnung von einem andern Gewerbetreibenden Geschäfte abgeschlossen werden können. Voraussetzung ist nur, daß die Vertretung eine ständige ist. Der Sachverhalt, von dem das FinGer. aus-

---

näher darlegen sollen, welcher seiner Auffassung nach in der Revisionsinstanz durchgreifen und zur Aberkennung der Forderung führen müßte.

Mit dieser Einschränkung halte ich obige Entsch. für zutreffend.

JR. Bendix, Breslau.

Zu 2. A. A. OLG. Köln: JW. 1927, 1708.

Zu 1. Die Entsch. bestätigt und entwickelt die bisherige Rspr. des RFH. Daß ein ständiger Inlandvertreter die beschränkte Steuerpflicht auslöst, war bereits in RFH. 17, 62 ausgesprochen. Das Urt. v. 10. Febr. 1926 (StuW. V, 919) führt aus, daß der Inlandvertreter auch selbständiger Gewerbetreibender sein könne, ohne daß dadurch die beschränkte Steuerpflicht berührt würde. Der im vorl. Urt. enthaltene Ausspruch, daß auch eine juristische Person Inlandvertreter in diesem Sinne sein kann, baut die bisherigen Erkenntnisse folgerichtig aus.

RA. Prof. Dr. Rheinstrom, München.

geht, bietet eine genügende Unterlage für die Annahme einer solchen ständigen Inlandvertretung. Mit Recht behandelt die Vorinstanz das Tätigwerden der D. N. für die Beschwerdeführerin als eine Agententätigkeit, wobei, wie ausgeführt, dahingestellt bleiben kann, ob diese Tätigkeit eine selbständige oder unselbständige ist. Die nicht näher erörterte Ständigkeit dieses Rechtsverhältnisses ergibt sich aus der jahrelangen tatsächlichen Übung und der engen Interessenverflechtung der beiden Gesellschaften hinsichtlich des hier in Rede stehenden Geschäftszweiges.

Die Vorentsch. erscheint aber sachlich noch aus einem weiteren Grunde gerechtfertigt, den das FinGer. nicht angeführt hat, und zwar aus dem Gesichtspunkt der inländischen Betriebsstätte, die auch ohne jeglichen Zusammenhang mit der D. N. in Deutschland begründet ist. Der erk. Sen. hat in dem Urt. I B 159/26 v. 12. Okt. 1926 (StuW. V, 2104) in einem Falle, in dem es sich gleichfalls um eine holländische Schiffahrtsgesellschaft handelte, die auf dem deutschen Teile des Rheins Güter beförderte, im Anschluß an die Rspr. des PrOVG. (Schlutius: Rspr. S. 49 Nr. 6 und Entsch. des PrOVG. in Steuers. 3, 390) eine inländische Betriebsstätte in der bloßen Benutzung bestimmter Anlegestellen, die der Steuerpflichtigen weder gehören noch ihr ausschließlich zur Verfügung zu stehen brauchen, erblickt. An dieser Rechtsauffassung hält der Senat fest. Aus dem vorl. Tatbestand ergibt sich, daß die Beschwerdeführerin ihre Schiffe an deutschen Landungsbrücken regelmäßig anlegen läßt. Danach ist ihre Heranziehung zur VermSt. 1924 auch wegen des Vorliegens einer inländischen Betriebsstätte dem Grunde nach gerechtfertigt.

(RFH., I. Sen., Urt. v. 13. Mai 1927, I A 254/26 S.)

*

×**2.** § 13 KörpStG. 1925; § 13 EinkStG. 1925.

1. Die vom RFH. für das alte Körperschaft- und Einkommensteuergesetz aufgestellten Grundsätze, daß eine gewerbetreibende Erwerbsgesellschaft regelmäßig nur Betriebsvermögen haben kann und infolgedessen die von ihr bei der Veräußerung von Grundeigentum erzielten Gewinne, auch wenn dieses nicht dem Betriebe diente, der Körperschaftsteuer unterliegen (RFH. 15, 200) und daß die Sondervorschriften des EinkStG. über die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen dann keine Anwendung finden (RFH. 11, 249), haben auch für das neue Recht ihre Gültigkeit behalten.

2. Hat ein buchführender Gewerbetreibender durch notariellen Vertrag ein zum Betriebsvermögen gehörendes Grundstück verkauft und den Kaufpreis empfangen, so kann die Verpflichtung zur Auflassung ohne Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung mit dem Betrage bewertet werden, mit dem das Grundstück zu Buch stand. Die Einsetzung eines höheren Passivpostens bis zum Betrage des Kaufpreises ist nur dann berechtigt, wenn bis zum Schlusse des Geschäftsjahrs die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises bereits entstanden war oder doch zum mindesten Tatsachen vorgelegen haben, die geeignet waren, eine solche Verpflichtung zu begründen. Die allgemeine, unbestimmte Möglichkeit, daß der Vertragsgegner vom Vertrage zurücktreten oder das Rechtsgeschäft anfechten konnte, genügt nicht, um die Einsetzung eines entsprechenden Passivpostens zu rechtfertigen. †)

Die BeschwFührerin (eine GmbH.) ist eine gewerbetreibende Erwerbsgesellschaft mit kaufmännischer Buchführung. Bei einer solchen ist gem. § 13 KörpStG., § 13 EinkStG. der Gewinn der nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung für den Schluß des Steuerabschnitts ermittelte Überschuß des Betriebsvermögens über das Betriebsvermögen, das am Schlusse des vorangegangenen Steuerabschnitts der Veranlagung zugrunde gelegen hat. Zu dem Betriebsvermögen gehörte auch das veräußerte Grundstück, ohne Rücksicht darauf, ob es im Zeitpunkt der Veräußerung noch dem Betriebe gedient hat oder nicht. „Einzelkaufleute können neben gewerblichem Betriebsvermögen auch anderes Vermögen besitzen. Gewerbetreibende Erwerbsgesellschaften hingegen können grundsätzlich nur Betriebsvermögen besitzen. Solche Gesellschaften haben lediglich den Zweck, dem Erwerbe zu dienen. Alles, was sie besitzen, ist diesem Zwecke gewidmet, also Betriebsvermögen. Eine Veräußerung von Betriebsvermögen ist ein Vorgang im Betriebe. Darum unterliegen die Gewinne aus solchen Veräußerungen der KörpSt." (RFH. 15, 200, bes. 207). Die Sondervorschriften über die Besteuerung des Veräußerungsgewinns sind dann nicht anwendbar (RFH. 11, 249, insbes. 252, 255). Diese vom RFH. für das alte KörpStG. und EinkStG. ausgesprochenen Grundsätze haben auch für das neue Recht ihre Gültigkeit behalten.

Der von der BeschwFührerin unstreitig erzielte Veräußerungsgewinn unterliegt somit der KörpSt., und zwar für das Geschäftsjahr 1924/25. Nach der ständ. Rspr. des RFH. (vgl. Evers, KörpStG., 2. Aufl. § 13 Anm. 12 VIII, 565 ff.) sind allerdings Lieferungsverträge in der kaufmännischen Buchführung regelmäßig so lange nicht zu berücksichtigen, als noch von keiner Seite eine Leistung bewirkt worden ist. Im vorl. Falle war aber im Geschäftsjahr 1924/25 von einer Seite die Leistung bewirkt; die BeschwFührerin hat in diesem Geschäftsjahr den Kaufpreis empfangen und ihrem Betriebsvermögen zugeführt. Damit hat sich das für den Vermögensausgleich maßgebende Betriebsvermögen am Schlusse des Steuerabschnitts um den Betrag von 90000 ℳ erhöht, und es kann sich nur um die Frage handeln, mit welchem Betrage die Verpflichtung der BeschwFührerin zur Auflassung des Grundstücks, das ebenfalls noch zu ihrem Betriebsvermögen gehörte, anzusetzen war. Wenn die Vorbehörden diese Schuld mit dem gleichen Betrage bewertet haben, mit dem das veräußerte Grundstück zu Buch stand, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu finden. Dies hat der erk. Sen. für den umgekehrten Fall, die Bewertung eines Lieferungsanspruchs auf der Gläubigerseite, bereits in der amtlich nicht veröffentl. Entsch. v. 3. März 1925 I A 157/25 (St u. W. 1926 Nr. 224 Sp. 729) ausgesprochen.

Das Verlangen der BeschwFührerin, einen Passivposten in Höhe des empfangenen Kaufpreises als abzugsfähig anzuerkennen, wäre nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung nur dann berechtigt, wenn bis zum Schlusse des Geschäftsjahrs die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises bereits entstanden wäre oder doch zum mindesten Tatsachen vorgelegen hätten, die geeignet gewesen wären, eine solche Verpflichtung zu begründen. Das war aber nach dem Vorbringen der BeschwFührerin nicht der Fall. Die bloße Möglichkeit, daß die Bankgläubigerin für ihr Guthaben durch einstw. Verf. eine Sicherungshypothek in das Grundstück hätte eintragen lassen „können", daß die BeschwFührerin „evtl." nicht in der Lage gewesen wäre, die Eintragung zu beseitigen, und daß dann die Käuferin „möglicherweise" von dem Geschäfte hätte zurücktreten können, reicht hierzu nicht aus. Das gleiche gilt von der Gefahr einer Anfechtung, die übrigens nach der Auflassung ebenso bestanden hätte wie vorher. Derartige allgemeine, unbestimmte Möglichkeiten können die Einsetzung eines entsprechenden Passivpostens nicht rechtfertigen (vgl. auch RFH. v. 27. Nov. 1924 VI e A 51/24, St. u. W. 1925 Nr. 43 Sp. 105, und v. 25. März 1925 VI A 67—69/25, a. a. O. Nr. 230 Sp. 840). Die BeschwFührerin hat nicht einmal dargetan, daß der Eintritt eines solchen Ereignisses aus irgendwelchen Gründen besonders nahe gelegen hätte. Tatsächlich ist denn auch nichts Derartiges geschehen, sondern es ist im folgenden Geschäftsjahr die Auflassung bewirkt worden. Der Abzug eines über den Wert der Verpflichtung zur Auflassung des Grundstücks hinausgehenden Passivpostens ist daher mit Recht versagt worden.

(RFH., I. Sen., Urt. v. 22. April 1927, I A 96/27.)

*

Zu 2. A. Die Entsch. hinsichtlich der prinzipiellen KörpStPflicht von Veräußerungsgewinnen hinsichtlich von Grundstücken entspricht der ständ. Rspr. Sie entspricht wohl auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, wenngleich in einzelnen Fällen, vor allem bei Familiengesellschaften, Unbilligkeiten entstehen können. Der RFM. hat wohl einen Teil der entstandenen Unbilligkeiten durch Erl. v. 12. April 1927 III e 1500 gemildert. Einzelfälle müssen gegebenenfalls nach § 108 Abs. 1 RAbgO. besonders gemildert werden.

B. Der zweite Entscheidungsgrund erscheint an sich nach der Sachlage offenbar als gerechtfertigt. Die Entwicklung der Praxis und ihr Schwanken vor allem auch in der Inflationszeit ist außerordentlich interessant. Wenn auch grundsätzlich ein von keiner Seite erfüllter Vertrag nicht berücksichtigt werden soll, so lassen sich selbstverständlich Ausnahmefälle denken, die bei unsern schwankenden Konjunkturen in der Praxis gar nicht so selten sind. Was die Höhe des erzielten Gewinnes anbelangt, so scheint es sich im vorl. Falle um ein unbebautes Grundstück zu handeln und die Abwicklung scheint reibungslos relativ kurze Zeit nach dem Stichtag erfolgt zu sein. Wenn das letztere Moment auch nicht entscheidend sein soll, denn der Stichtag soll ja prinzipiell allein maßgebend sein, so wirkt die tatsächliche spätere Abwicklung ungewollt bei der Entsch. mit. Immerhin scheint mir die Begründung etwas zu weit gefaßt zu sein. Ich glaube nicht, daß man für alle Fälle den gleichen Standpunkt der Nichtberücksichtigung der verschiedenen Gefahrenmomente des nicht abgewickelten Vertrages vertreten kann. Die zivilrechtliche Verknüpfung des gegenseitigen Vertrages, das sog. Synallagma, wie sie in §§ 320 ff., insbes. aber §§ 323—325 BGB. zum Ausdruck kommt, läßt doch für eine Reihe von Verkaufsfällen unter Umständen die Notwendigkeit einer anderweitigen Entsch. zu. Gerade wenn es sich z. B. um bebaute Grundstücke handelt, die einem gefährlichen Fabrikbetrieb angehören, und wenn die Auflassung aus irgendwelchem Grunde noch längere Zeit aussteht, so wird der vorsichtige Kaufmann seine Gefahrentragung nach den oben genannten Bestimmungen vielleicht anders auswerten, als im Falle eines unbebauten Grundstücks. Die Entsch. wird hier, und das kommt vielleicht im Urteil nicht mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck, immer in besonderen Umständen des Einzelfalles zu liegen haben.

RA. S. Straub, Freiburg.

3. §§ 5 Abs. 2; 10 Abs. 2; 13 zu b KapVerkStG.

a) In den Fällen des § 5 Abs. 2 KapVerkStG. ist Steuerschuldner in erster Linie die Kapitalgesellschaft. Die Kommanditgesellschaft ist nach § 10 Abs. 2 haftbar.

b) Die Steuerermäßigung des § 13 zu b KapVerkStG. findet auf fortlaufende Betriebszuschüsse, durch die der Mangel eines für den Gesellschaftszweck ausreichenden Eigenkapitals ersetzt werden soll, keine Anwendung. †)

Die i. J. 1920 errichtete KommGes. W.-GmbH. & Co., die Beschwerdegegnerin, besteht aus der V.-GmbH. als persönlich haftender Gesellschafterin und mehreren Firmen des Warenhandels als Kommanditisten. Bei der Umstellung auf Goldmark zum 1. Jan. 1924 wurden das Stammkapital der GmbH. auf 6000 GM., die Einlagen der sechs Kommanditisten auf je 3000 GM. festgesetzt. An der KommGes. ist die GmbH. mit ihrem ganzen Stammkapitale beteiligt, so daß die Einlagen bei der KommGes. nach der Umstellung insgesamt 24 000 GM. betrugen. In der Folgezeit haben nun unstreitig die Kommanditisten für den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft Zuschüsse geleistet, die sich bis Ende 1925 auf insgesamt 61 800 *RM* beliefen. Wegen dieser Leistungen hat das FinA. die KommGes. auf Grund des § 6 zu b i. Verb. m. § 5 Abs. 2 KapVerkStG. zur GesellschSt. herangezogen. Diese ist nach den zur Zeit der verschiedenen Einzahlungen maßgebend gewesenen Steuersätzen auf insgesamt 3189 *RM* festgesetzt. Die Veranlagte beantragte Herabsetzung der Steuer nach den ermäßigten Sätzen des § 13 b KapVerkStG. mit der Begründung, daß die besteuerten Zuschüsse im Geschäftsbetrieb ohne Gewinn verbraucht seien und damit ein Teil ihres als Stammkapital i. S. des § 13 b anzusehenden Geschäftskapitals verlorengegangen sei. Ihr Einspruch wurde zurückgewiesen. Auf Berufung der KommGes. setzte das FinGer. unter Anwendung des § 13 b die Steuer auf 1326 *RM* herab.

Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde des FinA.

Dem Rechtsmittel war stattzugeben.

Das FinGer. geht von der Auffassung aus, die KommGes. sei nach § 5 Abs. 2 KapVerkStG. steuerlich als eine GmbH. zu behandeln und müsse daher auch wegen der Zuschüsse wie eine GmbH. besteuert werden. Diese Ansicht ist rechtsirrig. Die Zugehörigkeit einer GmbH. zur KommGes. als deren persönlich haftende Gesellschafterin hat vielmehr nach § 5 Abs. 2 nur die Wirkung, daß die Anteile der Kommanditisten für die Berechnung der GesellschSt. als Anteile an *dieser* GmbH. zu behandeln sind. Dagegen ist im § 5 Abs. 2 die sog. GmbH. & Co. keineswegs in jeder Beziehung einer GmbH. steuerlich gleichgestellt. Das hat der Staat schon in seinem Urt. v. 29. März 1927, II A 126/27 näher dargelegt und daraus namentlich gefolgert, daß die Einlagen der Kapitalgesellschaft in die KommGes. nicht der Besteuerung aus § 6 unterliegen, sondern nur unter den Voraussetzungen der §§ 17, 19 nach Maßgabe dieser Vorschriften besteuert werden können. Aus dieser vom FinGer. verkannten Bedeutung des § 5 Abs. 2 ergibt sich, daß im vorl. Falle nicht die Beschwerdegegnerin, sondern die ihr angehörige GmbH. als Steuerschuldnerin i. S. des § 10 Abs. 1 in Betracht kommt (vgl. RFH. 21, 150).

Schon aus diesem Grunde war das angef. Urt. aufzuheben. Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif.

Nach § 5 Abs. 3 gelten die Kommanditisten im vorl. Falle als Gesellschafter der GmbH. Die von ihnen an die KommGes. geleisteten Zuschüsse sind daher ebenfalls wie Leistungen der Gesellschafter einer GmbH. zu versteuern, wobei dahingestellt bleiben mag, ob sie den gesellschaftsvertragsmäßigen Leistungen (Nachschüssen) i. S. des § 6 zu a Halbs. 2 oder als den freiwilligen Leistungen i. S. des § 6 zu b gleichzustellen sind. Auf jeden Fall ist ihre Steuerpflicht nach § 6 gegeben, die denn auch von der Beschwerdegegnerin an sich nicht bestritten wird. Letztere ist zwar, wie oben dargelegt, nicht Steuerschuldnerin i. S. des § 10 Abs. 1, wohl aber gehört sie zu den Personen, die nach § 10 Abs. 2 für die Steuer mithaften, da sie in den die Steuerschuld begründenden Zahlungen ihrer Kommanditisten Rechte erworben hat. Insoweit hat nicht die steuerrechtliche Fiktion des § 5 Abs. 2, sondern die bürgerlich-rechtliche Beurteilung Platz zu greifen.

Was die Steuerberechnung angeht, so findet die Steuerermäßigung des § 13 zu b in den Fällen des § 5 Abs. 2 an sich auch auf die steuerpflichtigen Einlagen und sonstigen Einzahlungen der Kommanditisten Anwendung (vgl. Urt. des RFH. v. 28. Dez. 1926 II A 503/26; **Mrozek**, Steuerkartei, Rechtsspruch Nr. 12 zu § 13 b). Die Anwendung setzt jedoch voraus, daß die zu besteuernden Einzahlungen zur Deckung einer bilanzmäßig bei richtiger Bewertung vorl. Überschuldung oder eines Verlustes am Eigenkapital (Unterbilanz) erforderlich waren und auch zu diesem Zwecke geleistet worden sind. Bei der Beschwerdegegnerin hat eine Überschuldung nie vorgelegen, da unstreitig das Aktivvermögen der Gesellschaft stets ihre Schulden überstiegen hat. Die Ausführungen der Rechtsbeschwerde, mit denen das Vorliegen einer *Überschuldung* bezweifelt wird, sind daher gegenstandslos. Soweit es auf das Bestehen einer *Unterbilanz* ankommt, ist von der durch die Umstellung auf Goldmark geschaffenen neuen Kapitalgrundlage auszugehen, so daß alle Verluste und Zuschüsse aus der früheren Zeit außer Betracht bleiben müssen. Bei den in den Jahren 1924 und 1925 geleisteten Zuschüssen muß es jedoch zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 13 b genügen, wenn jedesmal festgestellt war, daß ohne die Zuschüsse die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft, z. B. durch Inanspruchnahme fremden Kredits, zu einem Verlust am Eigenkapitale führen mußte, und *die Zuschüsse nur zur Vermeidung eines solchen Verlustes eingefordert* sind. In seinem vorläufigen Bescheide hat der erk. Sen. auf Grund der bisherigen aktenmäßigen Ermittlungen diese tatsächlichen Voraussetzungen der Steuervergünstigung nicht für gegeben erachtet, vielmehr angenommen, daß das auf Goldmark umgestellte Eigenkapital der Gesellschaft von vornherein für die Erreichung des Gesellschaftszwecks unzureichend gewesen sei und dieserhalb die hierzu *erforderlichen Betriebsmittel durch fortlaufende Einzahlungen der Gesellschafter aufgebracht* seien. Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung erscheint es zweifelhaft, ob diese tatsächliche Annahme richtig ist. Die Beschwerdeführerin hat ausgeführt, sie sei nach ihrem Gesellschaftszweck nicht lediglich eine *Versuchs*züchterei, d. h. eine sog. Studiengesellschaft, sondern sie verfolge letzten Endes Erwerbszwecke durch gewinnbringenden Verkauf der von ihr gezüchteten Tiere; bei der Umstellung ihres Kapitals auf Goldmark seien die Züchtungs*versuche* im wesentlichen bereits abgeschlossen gewesen, und sie habe nunmehr begründete Aussicht gehabt, ihre Zuchterfolge gewinnbringend verwerten zu können, ohne noch weiterer Zuschüsse von seiten ihrer Gesellschafter zu bedürfen; nur infolge nicht voraussehbarer Tierverluste seien die besteuerten Zuschüsse erforderlich geworden. Diese Behauptungen sind für die Anwendbarkeit des § 13 zu b von Bedeutung. Da sie sich auf Grund der jetzigen Aktenlage nicht nachprüfen lassen, war die nicht spruchreife Sache zur Anstellung der erforderlichen Ermittlungen an das FinGer. zurückzuverweisen.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 2. Aug. 1927, II A 95/27.)

*

×**4.** § 6 c KapVerkStG. **Der Tatbestand des § 6 c kann auch gegeben sein, wenn ein Darlehnsgeber nachträglich Gesellschafter wird. Ob unter dieser Voraussetzung der Steuertatbestand im übrigen, namentlich die Annahme einer sachlichen Beteiligung, gegeben ist, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden und wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn Umstände und Bedingungen des Darlehens als Grund der Hingabe nicht so sehr die Absicht der Geldnutzung, als**

Zu 3. 1. Der RFH. hält an dem bereits RFH. 21, 50 eingenommenen Standpunkt fest, daß bei der GmbH. & Co. Schuldner der KapVerkSt. für Einzahlungen seitens der Kommanditisten nach § 10 Abs. 1 nicht die Kommanditgesellschaft, sondern die als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligte GmbH. ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich nicht auch die entgegengesetzte Auslegung rechtfertigen ließe. Man könnte sie aus der auch vom RFH. (a. a. O.) angestellten allgemeinen Erwägung ableiten, daß wirtschaftlich die Kommanditgesellschaft durch den Eintritt einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin den Charakter einer Personalgesellschaft eingebüßt und im wesentlichen den einer Kapitalgesellschaft erhalten habe. Diese in der Kommanditgesellschaft verkörperte fingierte Kapitalgesellschaft, deren Bestandteile in Wirklichkeit auch die Einlagen der Kommanditgesellschaft sind, erschiene dann in Anwendung des § 4 RAbgO. als die „Gesellschaft i. S. des § 10 Abs. 1 KapVerkStG.“, die durch die zu versteuernden Rechtsvorgänge getroffen wird. Die Frage ist indessen von keiner erheblichen praktischen Bedeutung. Auch bei der Auslegung des RFH. bleibt, wie das Urt. selbst ausführt, die Kommanditgesellschaft nach § 10 Abs. 2 für die Steuer haftbar. Umgekehrt ergibt sich die primäre Haftbarkeit der GmbH. aus der Tatsache, daß sie persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft ist.

2. Der Rechtsspruch, daß die Steuerermäßigung des § 13 b in den Fällen des § 5 Abs. 2 grundsätzlich auch auf die Einlagen und Einzahlungen der Kommanditisten Anwendung finde, hat ebenfalls in früherer Entsch. (28. Dez. 1926) Ausdruck gefunden. Die Bedeutung des vorstehenden Urt. liegt vor allem in der Klarstellung der Frage, wann solche Leistungen den in § 13 KapVerkStG. geforderten Ausgleichscharakter haben. Dazu genügt nicht, daß ohne sie Unterbilanz oder Überschuldung einträte. Erforderlich ist weiter, daß diese Ergebnisse als Folgen der auf das vorhandene Gesellschaftsvermögen gegründeten Geschäftsführung erscheinen würden. Stellen die Einzahlungen aber einen von vornherein zur Erreichung von besonderen Gesellschaftszwecken bestimmten, die Kapitaleinlage ergänzenden Zuschuß dar, wie z. B. regelmäßig dies bei Versuchsgesellschaften der Fall, oder für die Durchführung einer besonderen Operation denkbar ist, so ist diese Voraussetzung nicht gegeben. Dann handelt es sich um Sonderleistungen neben den Kapitaleinlagen. Sie haben durchaus den Charakter der in § 3 Abs. 2 GmbHG. aufgeführten besonderen Leistungen, unterscheiden sich von ihnen nur dadurch, daß sie nicht gesellschaftsrechtlicher, sondern rein vertraglicher Natur sind.

RA. Dr. **Strauß**, Mannheim.

vielmehr das Bestreben, der Gesellschaft zu Hilfe zu kommen, erkennen lassen, so daß der spätere Beitritt des Geldgebers als Gesellschafter als folgerichtige, wenn auch nicht von Anfang an beabsichtigte Entwicklung erscheint.

Das FinGer. ist der Auffassung, das Gesetz gebe keinen genügenden Anhalt dafür, daß an sich nicht steuerpflichtige Darlehen mit dem Eintritt des Darlehnsgebers in die Gesellschaft steuerpflichtig werden, wenn nicht zugleich Hinausschiebung der Zahlungsfrist oder Stundung erfolge. Daß im letzteren Falle Steuerpflicht eintritt, ist selbstverständlich, einer Beschränkung der Steuerpflicht auf diesen Fall widerstreitet aber die gesetzliche Regelung des Steuertatbestandes. Dieser verlangt nur, daß die besonders gearteten Darlehen gewährt worden sind und daß Gläubiger der Darlehnsforderung ein Gesellschafter ist. Eine Reihenfolge in dem Eintritt der Voraussetzungen stellt das Gesetz nicht auf, insbes. verlangt es nicht, daß der Darlehnsgeber die Eigenschaft als Gesellschafter bereits bei Gewährung des Darlehens gehabt haben muß. Ein Darlehen ist gewährt, solange es nicht zurückgezahlt ist, und während dieser ganzen Zeit bleibt der Darlehnsgeber Gläubiger der Darlehnsforderung. Ereignisse, die in seiner Person eintreten, sind daher in der Lage, die steuerliche Natur des Darlehens zu ändern. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich nicht nur aus seiner Wortfassung, sondern auch daraus, daß § 9 zu c ausdrücklich auch für den Fall des § 6c die Entstehung der Steuerschuld für den Fall vorsieht, daß Rechte nachträglich die Eigenschaften von Gesellschaftsrechten erlangen. Das ist aber gegeben, wenn das Darlehen dadurch, daß der Gläubiger Gesellschafter wird, sich so gestaltet, daß es gem. § 6c als Gesellschaftsrecht angesehen wird. In einer solchen Regelung liegt auch nichts Ungewöhnliches, vielmehr kennt das KapVerkStG. namentlich bei der Erfassung von Ersatztatbeständen eine Reihe von Fällen, in denen bestehende Rechte durch Hinzutritt äußerer Umstände einer Steuerpflicht oder einer erhöhten Steuer unterworfen werden; es mag nur an die Bestimmungen im § 5 erinnert werden.

Die Vorentscheidung war daher aufzuheben. Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif. Muß man, wie dies auch § 8 Abs. 2 der AusfBest. vorsieht, davon ausgehen, daß die Steuerpflicht dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Darlehnsgeber erst nach der Darlehnshingabe Gesellschafter wird, so ist es Frage des Einzelfalls, ob und inwieweit dieser Umstand auf die Feststellung der sonstigen Voraussetzungen des § 6c, insbes. die Annahme einer sachlichen Beteiligung an der Gesellschaft, zurückwirkt. Zu eng ist es, wenn die Steuerpflichtige eine solche Beteiligungsabsicht nur dann anerkannt wissen will, wenn der Darlehnsgeber bei Hingabe des Darlehens bereits die Absicht gehabt habe, später Gesellschafter zu werden. Allgemein gültige Regeln lassen sich naturgemäß, wie überhaupt bei dem auf die Würdigung des Einzelfalls abgestellten Tatbestande des § 6c, auch hierfür nicht aufstellen. Immerhin wird die Annahme einer Absicht sachlicher Beteiligung dann nahe liegen, wenn die Umstände und Bedingungen des Darlehens, auch wenn es von einem Nichtgesellschafter gegeben ist, erkennen lassen, daß der Grund nicht so sehr in der Absicht einer Geldnutzung, als vielmehr in dem Bestreben, der Gesellschaft zu Hilfe zu kommen, gesucht werden muß, derart, daß der spätere Beitritt des Geldgebers als Gesellschafter als folgerichtige, wenn auch vielleicht nicht von Anfang an beabsichtigte Entwicklung erscheint.

Geht man hiervon aus, so sind im vorl. Falle die Voraussetzungen der Steuerpflicht gegeben. (Wird näher ausgeführt.)

(RFH., II. Sen., Urt. v. 24. Juni 1927, II A 293/27.)

*

×**5.** §§ 6, 15, 41, 56 EinkStG. 1925.

a) Gewinne aus Rennwetten, die nicht in einem Gewerbebetrieb anfallen, unterliegen der Einkommenbesteuerung nicht.

b) Daher können auch Verluste aus Rennwetten nicht als Werbungskosten abgezogen werden.

Der Beschwerdeführer ist veranlagt nach einem Einkommen aus Gewerbebetrieb (Gewinn aus der Beteiligung an einer OffHG.) von 6015 *RM* und aus Vermietung von 360 *RM*. Er beantragt Steuerfreiheit, weil er im Steuerabschnitt aus Rennwetten einen Verlust von rund 22000 *RM* erlitten habe.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

Von den Roheinnahmen dürfen zur Ermittlung des Einkommens nur die im § 15 EinkStG. unter Nr. 1—3 aufgeführten Abzüge gemacht werden. Die Verluste des Beschwerdeführers fallen jedenfalls nicht unter Nr. 2 u. 3 a. a. O. Daher kann sich nur fragen, ob die Verluste als Werbungskosten zu behandeln sind. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil sie mit Rennwetten in Zusammenhang stehen, die, auch wenn sie dem Steuerpflichtigen einen Gewinn gebracht hätten, doch nicht steuerpfl. Einkommen geschaffen hätten. Der Gewinn aus Rennwetten fällt unter keine der im § 6 Abs. 1 aufgef. Einkommensarten, er gehört insbes. auch nicht zu den sonstigen Leistungsgewinnen nach § 41 a. a. O., da das Eingehen von Wetten nicht als eine „Tätigkeit“ i. S. dieser Vorschrift angesehen werden kann. Wettgewinne unterliegen infolgedessen, wenn sie, wie hier, nicht in einem Gewerbebetrieb anfallen, nicht der Einkommenbesteuerung. Aufwendungen zur Erwerbung von Einkünften, die nicht einkommensteuerpflichtig sind, können aber nicht als Werbungskosten abgezogen werden. Das folgt aus § 15 Abs. 2 EinkStG. Wenn die Vorinstanz die Anwendung des § 56 EinkStG. abgelehnt hat, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu finden.

(RFH., VI. Sen., Urt. v. 30. Juni 1927, VI A 261/27 S.)

Übersicht der Rechtsprechung.

(Die rechtsstehenden Ziffern bedeuten die Seitenzahlen dieses Heftes.)

A.

Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Aufwertungsgesetz.

Handelsgesetzbuch.

§§ 211, 218—220 HGB. Haftung des jeweiligen Aktionärs für rückständige Einlagen. KG. . . . . 2434[1]

§ 239 HGB. Ist der Beschluß der Generalversammlung einer AktG. tatsächlich unrichtig beurkundet, so kann eine solche Beurkundung durch den Notar nachträglich richtiggestellt werden. BayObLG. 2434[3]

§ 425 HGB. Empfänger des Frachtgutes ist, wer zu dessen Entgegennahme im eigenen Namen, wenn auch nicht für eigene Rechnung, legitimiert ist und es dementsprechend entgegennimmt. RG. 2418[3]

Eisenbahnverkehrsordnung.

§ 88 EVO.; § 457 HGB. Berechnung des gemeinen Handelswerts einer Monopolware Verkaufs- nicht Selbstkostenpreis. RG. 2421[11]

Wechselordnung.

Art. 9 Abs. 1 WO. Rechte des Indossatars, der den Wechsel zum Zwecke der Diskontierung erhalten hat. Grundsätzliches über den Begebungsvertrag. RG. . . . . 2419[10]

GmbH.-Gesetz.

§ 11 Abs. 2 GmbHG. Keine persönliche Haftung des für die GmbH. vor ihrer Eintragung Handelnden für auf Grund seines Handelns nach der Eintragung vorgenommene Geschäfte. RG. . . . 2419[9]

§ 11 GmbHG. ist nicht ausdehnend auszulegen. KG. . 2437[3]

Genossenschaftsgesetz.

§ 51 GenG. Im Falle der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses ist die Klage gegen Vorstand (bzw. Liquidatoren) und Aufsichtsrat zu richten. Ist die Genossenschaft während des Rechtsstreits in Konkurs geraten, so kann der Konkursverwalter das Verfahren fortsetzen, wenn der angefochtene Beschluß zu einer Mehrung oder Minderung der Teilungs- oder Schuldnermasse führt. OLG. Königsberg. 2439[7]

Gesetz über den Versicherungsvertrag.

§§ 2, 43 ff. VVG. Die Abschlußvollmacht des Versicherungsagenten berechtigt nicht zum Abschluß ungewöhnlicher, von dem normalen Versicherungsvertrag abweichender Verträge. OLG. Hamburg. 2438[4]

Gesetz vom 28. Juni 1926.

Art. II Abs. 2 S. 2 Ges. v. 28. Juni 1926. Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft kann auch nach dem 30. Juni 1926 eingetragen werden, wenn sie vor dem 1. Juli 1926 beschlossen und angemeldet worden ist. KG. . . . . 2433[2]

2. Verfahrensrecht.

Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 202 Abs. 2 GVG. §§ 145, 519 ZPO. Wechselklagen, die mit anderen nicht als Feriensachen bezeichneten Sachen verbunden sind, sind keine Feriensachen. Die Erhebung einer Widerklage läßt den Charakter der Wechselklage als Feriensache unberührt. RG. 2425[15]

Konkursordnung.

§ 102 KO. Für die Eröffnung des Konkursverfahrens genügt nicht die Glaubhaftmachung der Konkursforderung, sondern das Konkursgericht muß, wenn es das Konkursverfahren eröffnet, von dem Bestehen der Forderung voll überzeugt sein. LG. Hamburg. 2443[1]

§ 241 KO. Möglichkeit der Beihilfe des begünstigten Gläubigers an dem Vergehen des Schuldners nach § 241 KO. RG. . . 2432[21]

Geschäftsaufsichtsverordnung.

§§ 71, 66 GeschAufsVO. Die Kosten eines abgelehnten Geschäftsaufsichtsverfahrens sind, auch wenn im Anschluß an die Ablehnung das Konkursverfahren eröffnet wird, keine Massekosten, sondern gewöhnliche Konkursforderungen. LG. Kottbus . . . . 2444[2]

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 263 StGB. Betrug durch Nachnahmebestellung. RG. 2429[17]

§ 263 StGB. Mangelnde Liquidität der Forderung des Darlehnsgebers begründet keinen Vermögensschaden. Berücksichtigung allgemeinkundiger Tatsachen in der Revisionsinstanz. RG. . . . 2429[18]

§ 263 StGB. 1. Ursachenzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensverfügung. 2. Der Wegfall eines zugesagten Sicherungsmittels für eine Darlehensforderung enthält nicht unter allen Umständen eine Vermögensbeschädigung. RG. . . . . 2427[16]

§ 266 Nr. 2 StGB. „Verfügung“ setzt Herbeiführung einer rechtlichen Änderung des Anspruchinhaltes nicht voraus. RG. . 2430[20]

§ 274 StGB. Urkundenqualität eines Kontobuches. RG. 2430[19]

Kraftfahrzeugrecht.

§ 21 KraftfahrzG.; § 23 Abs. 3 KraftfahrzVerkVO. Der Kraftfahrer braucht sich nicht über Straßen- und Wegesperrungen zu unterrichten; er darf sich darauf verlassen, daß diese durch Warnungstafeln gekennzeichnet sind. Das Vorhandensein von Warnungstafeln ist Voraussetzung der Strafbarkeit. Schuldlose Unkenntnis der Warnungstafel ist Schuldausschließungsgrund. OLG. Dresden . . 2440[3]

§ 23 Abs. 1 KraftfahrzG. Die Gültigkeit eines von der Behörde zum Verkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs dauert bei einem Eigentumswechsel nicht bis zu dem Zeitpunkt, wo die erneute Zulassung oder Ausschließung ausgesprochen wird. OLG. Dresden . . 2440[2]

§ 34 KraftVerkVO. Als Probefahrt kann verkehrspolizeilich, sowie steuerrechtlich nur eine solche Fahrt gelten, die zur Feststellung der Gebrauchsfähigkeit des Kraftfahrzeuges dient und durch die Absicht der Erprobung veranlaßt ist. Der Begriff der Probefahrt ist ein steuerrechtlicher, kein steuerstrafrechtlicher. Die Sondervorschrift des „§ 9 Kraftfahrzeugsteuergesetz v. 8. April 1922 wird nicht ohne weiteres durch die Tatsache anwendbar, daß ein Kraftfahrzeug zu einer Probefahrt benutzt wird. Ein nach § 9 zugeteiltes Probefahrtkennzeichen kann ein Dritter unter der Vergünstigung des § 9 nur dann bei einer Probefahrt benutzen, wenn er die Fahrt als Beauftragter des Probefahrtkennzeichen-Inhabers ausführt. Verhältnis des § 59 StGB. zu § 358 RAbgO. Anwendungsgebiet des § 377 RAbgO. OLG. Dresden. 2441[10]

C.

Steuerrecht.

1. Reich.

Reichsabgabenordnung.

§ 4 RAbgO.; VermStG. Eine juristische Person kann ebenso wie eine physische Person z. T. einen selbständigen Gewerbebetrieb ausüben, z. T. als Angestellte eines anderen Unternehmens tätig werden. RFH. . . . . 2444[1]

Körperschaftssteuergesetz.

§ 13 KörpStG. 1925; § 13 EinkStG. 1925. 1. Die vom RFH. für das alte Körperschaft- und Einkommensteuergesetz aufgestellten Grundsätze, daß eine gewerbetreibende Erwerbsgesellschaft regelmäßig nur Betriebsvermögen haben kann und infolgedessen die von ihr bei der Veräußerung von Grundeigentum erzielten Gewinne, auch wenn dieses nicht dem Betriebe diente, der Körperschaftsteuer unterliegen, und daß die Sondervorschriften des EinkStG. über die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen dann keine Anwendung finden, haben auch für das neue Recht ihre Gültigkeit behalten. 2. Hat ein buchführender Gewerbetreibender durch notariellen Vertrag ein zum Betriebsvermögen gehörendes Grundstück verkauft und den Kaufpreis empfangen, so kann die Verpflichtung zur Auflassung ohne Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung mit dem Betrage bewertet werden, mit dem das Grundstück zu Buch stand. Die Einsetzung eines höheren Passivpostens bis zum Betrage des Kaufpreises ist nur dann berechtigt, wenn bis zum Schlusse des Geschäftsjahrs die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises bereits entstanden war oder doch zum mindesten Tatsachen vorgelegen haben, die geeignet waren, eine solche Verpflichtung zu begründen. Die allgemeine, unbestimmte Möglichkeit, daß der Vertragsgegner vom Vertrage zurücktreten oder das Rechtsgeschäft anfechten konnte, genügt nicht, um die Einsetzung eines entsprechenden Passivpostens zu rechtfertigen. RFH. . . . . . . 2445[2]

Kapitalverkehrssteuergesetz.

§§ 5 Abs. 2; 10 Abs. 2, 13 zu b KapVerkStG. a) In den Fällen des § 5 Abs. 2 KapVerkStG. ist Steuerschuldner in erster Linie die Kapitalgesellschaft. Die Kommanditgesellschaft ist nach „§ 10 Abs. 2 haftbar. b) Die Steuerermäßigung des § 13 zu b KapVerkStG. findet auf fortlaufende Betriebszuschüsse, durch die der Mangel eines für den Gesellschaftszweck ausreichenden Eigenkapitals ersetzt werden soll, keine Anwendung. RFH. . . . . 2446[3]

§ 6 c KapVerkStG. Der Tatbestand des § 6c kann auch gegeben sein, wenn ein Darlehnsgeber nachträglich Gesellschafter wird. Ob unter dieser Voraussetzung der Steuertatbestand im übrigen, namentlich die Annahme einer sachlichen Beteiligung, gegeben ist, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden und wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn Umstände und Bedingungen des Darlehens als Grund der Hingabe nicht so sehr die Absicht der Geldnutzung, als vielmehr das Bestreben, der Gesellschaft zu Hilfe zu kommen, erkennen lassen, so daß der spätere Beitritt des Geldgebers als Gesellschafter als folgerichtige, wenn auch nicht von Anfang an beabsichtigte Entwicklung erscheint. RFH. . . . . 2447[4]

Einkommensteuergesetz.

§§ 6, 15, 41, 56 EinkStG. 1925. a) Gewinne aus Rennwetten, die nicht in einem Gewerbebetrieb anfallen, unterliegen der Einkommenbesteuerung nicht. b) Daher können auch Verluste aus Rennwetten nicht als Werbungskosten abgezogen werden. RFH. . . 2447[5]

2. Preußen.

Stempelsteuergesetz.

TarNr. 15 Abs. 1, 3 PrStStG. Stempelpflicht für die Beurkundung der Sicherstellung von Rechten. RG. . . . . 2424[12]

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Nollendorf 6330.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.